



Fundação Escola Superior
do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

TIAGO GOMES DA CUNHA

**ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E AS IMPLICAÇÕES DO PODER
JUDICIÁRIO COMO SUPEREGO**

Brasília

2017

TIAGO GOMES DA CUNHA

**ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL E AS IMPLICAÇÕES DO PODER
JUDICIÁRIO COMO SUPEREGO**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização Ordem Jurídica e Ministério Público da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, como quesito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito.

Orientadora: Roberta Fragoso Menezes Kaufmann

Brasília

2017

TIAGO GOMES DA CUNHA

**ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E AS IMPLICAÇÕES DO PODER
JUDICIÁRIO COMO SUPEREGO**

**Monografia apresentada ao Curso de Especialização Ordem Jurídica e
Ministério Público da Fundação Escola Superior do Ministério Público do
Distrito Federal e Territórios, como quesito parcial para a obtenção do título de
Especialista em Direito.**

Área de Concentração: Direito Constitucional

Data da Aprovação: ____/____/____

Examinador:

Professora Roberta Fragoso Menezes Kaufmann

Orientadora

Menção: _____

À minha família, a maior benção de Deus e a base para todas empreitadas, e à minha noiva, pelo companheirismo, paciência e amor incondicionais.

Os magistrados não governam. O que fazem é evitar o desgoverno, quando para tanto provocados.

Carlos Ayres Brito

RESUMO

O Estado de Coisas Inconstitucional, um instrumento importado da Constituição colombiana, tem por finalidade a tutela da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, defendendo a intervenção estrutural da Corte nos casos em que há uma violação massiva e sistemática de direitos, e que exigem a atuação coordenada de vários agentes e órgãos públicos. Diante de uma expansão das Cortes Constitucionais, baseada na interpretação principiológica, o Poder Judiciário torna-se um importante ator na superação de omissões inconstitucionais e na correção de falhas estruturais. Em uma sociedade sem um referencial, em que a classe política possui cada dia menos credibilidade, o Poder Judiciário assume o papel de superego, representando a moral do Estado. A fim de evitar a sobreposição de um Poder sobre os demais, porém sem deixar que a inércia legislativa ou administrativa impeça a atuação dos demais, torna-se imperioso um diálogo estrutural entre as instituições, para que, assim, possam ser superadas as falhas estruturais.

Palavras-chave: Estado de Coisas Inconstitucional. Omissão inconstitucional. Falhas estruturais. Superego. Diálogos institucionais estruturais.

ABSTRACT

The State of Unconstitutional Things, an instrument imported from Colombian's constitution, has as its purpose the protection of the objective dimension of fundamental rights, defending the Court's structural intervention in cases where there is a massive and systematic violation of rights, and which require a coordinate action from various agents and public agencies. Due to the expansion of the Constitutional Courts, based in a interpretation of principles, the Judiciary becomes an important actor in overcoming unconstitutional omissions and in the correction of the structural failures. In a society without a referential, where political class have less and less credibility, the judiciary assumes the role of superego, representing the morality of the state. To avoid the overlapping of one Power over the others, but without letting legislative or administrative inertia preclude the actions of the others, a structural dialogue between institutions is imperative, so that structural failures can be overcome.

Keywords: State of Unconstitutional Things. Unconstitutional omissions. Structural failures. Superego. Structural dialogue between institutions.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. NEOCONSTITUCIONALISMO E ATIVISMO JUDICIAL.....	10
1.1. <i>Neoconstitucionalismo</i>	10
1.1.1. Marco histórico.....	10
1.1.2. Marco Filosófico.....	11
1.1.3. Marco Teórico.....	12
1.2. <i>Ativismo Judicial</i>	13
2. UMA NOVA PERCEPÇÃO SOBRE A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL.....	18
2.1. <i>Perspectiva Tradicional</i>	19
2.2. <i>Perspectiva Contemporânea</i>	20
2.3. <i>Falha Estrutural Decorrente da Omissão Constitucional</i>	23
3. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL.....	25
3.1. <i>Pressupostos do Estado de Coisas Inconstitucional</i>	28
3.2. <i>Sentenças Estruturais</i>	32
3.3. <i>Superação do Estado de Coisas Inconstitucional</i>	34
4. ADPF N. 347/DF.....	36
5. PODER JUDICIÁRIO COMO SUPEREGO DA SOCIEDADE?.....	39
5.1. <i>Críticas da doutrina pátria à ADPF 347/DF</i>	41
6. CONTEXTO POLÍTICO-DEMOCRÁTICO PARA APLICAÇÃO DO ECI.....	44
6.1. <i>Resistências de Ordens Democrática e Institucionais</i>	46
6.2. <i>Teoria dos Diálogos Institucionais</i>	48
6.3. <i>Superação das Barreiras às Sentenças Estruturais</i>	54
CONCLUSÃO.....	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	61

INTRODUÇÃO

Em uma análise da evolução doutrinária e jurisprudencial no ordenamento pátrio, verifica-se uma crescente influência do direito constitucional estrangeiro, principalmente do direito constitucional alemão, que muitos denominam de ponderação de bens e interesses, com base na aplicação do princípio da proporcionalidade.

Entretanto, de se ver que, não raras vezes, a doutrina e a jurisprudência pecam quanto à precisão e ao rigor técnico-metodológico na aplicação da “proporcionalidade”, sendo utilizada como um remédio milagroso para todos os problemas constitucionais, como alerta Virgílio Afonso da Silva¹.

Em uma geração influenciada pelos prefixos *pós* e *neo* (pós-Segunda Guerra Mundial, pós-positivista, neoliberal e neoconstitucional), marcada pela velocidade da transformação, pela profusão de ideias e pela multiplicação de novidades, o direito vive uma crise existencial, tendo a insegurança como uma de suas características.

Assim, diante da oscilação jurisprudencial - e da incerteza por ela produzida -, surgem inúmeras críticas à atuação excessiva do Poder Judiciário, principalmente do Supremo Tribunal Federal, o qual tem assumido um papel de centralidade na República Federativa do Brasil, mormente em razão do descrédito e da desconfiança atribuída aos demais Poderes, acarretando em um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária. Desse modo, constata-se uma judicialização da vida, ou seja, questões de ampla repercussão política ou social estão sendo decididas pelos órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais, com a transferência de poder para Juízes, alterando a linguagem, a argumentação e o modo de participação da sociedade.

Um exemplo dessas intervenções mais substanciais do Poder Judiciário na esfera de competência dos demais, foi a ADPF n. 347, julgada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no segundo semestre do ano de 2015, na qual o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) postulou o reconhecimento da violação de direitos

¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revistas dos Tribunais, São Paulo, a.91, v. 798, abr 2002.

fundamentais da população carcerária, bem como a adoção de providências no tratamento da questão prisional do país.

No aludido julgamento, o STF acolheu uma teoria derivada do Direito Constitucional Colombiano, chamada de Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, reconhecendo-se a violação generalizada e sistemática dos direitos fundamentais dos presos, foi determinada a adoção de certas medidas, pelos Poderes Legislativo e Executivo, para tentar frear a reiterada ofensa. Nota-se, portanto, que a decisão, além de reconhecer a inércia dos demais Poderes em resolver conflitos que seriam de sua competência, impôs o cumprimento de determinadas ações, tais como a realização de audiências de custódia no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas após a prisão e a liberação do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para a finalidade para a qual foi criado, devendo a União se abster de fazer contingenciamentos.

Portanto, diante de uma “sociedade órfã”, o Poder Judiciário, à luz do conceito psicanalítico de imago paterna, destaca-se na função de moralidade pública. Entretanto, a ideia de garantia às liberdades e de principiologia da interpretação constitucional podem ocultar uma pretensão de domínio, de irracionalidade e de arbítrio cerceador da autonomia dos indivíduos e da soberania popular, constituindo-se como obstáculo a uma política constitucional libertadora.

Em arremate, como nem todas as decisões que aplicaram a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional foram experiências bem-sucedidas, o presente trabalho pretende analisar o ativismo do Poder Judiciário sob uma perspectiva menos restrita e buscar um equilíbrio entre essa atuação e a inércia dos Poderes Legislativo e Executivo, notadamente sob a ótica da Separação dos Poderes, buscando conciliar os diversos pontos de vista sobre o tema, tal como aquele difundido pela Teoria do Diálogo Institucional e, quem sabe assim, possa ser dada efetividade às decisões judiciais, sem que haja usurpação de competências ou sem que um dos Poderes se sobreponha aos demais.

1. NEOCONSTITUCIONALISMO E ATIVISMO JUDICIAL

1.1. Neoconstitucionalismo

Muito se tem falado sobre o neoconstitucionalismo no Direito Constitucional contemporâneo, e muito do que se fala possui equívocos. O novo constitucionalismo não tem origem na tradição alemã ou da norte-americana – apesar dessas duas escolas serem as de maior destaque atualmente –, tendo chegado ao Brasil por influência da doutrina constitucional espanhola e italiana. Ademais, como alerta Bernardo Gonçalves Fernandes², as perspectivas tidas como neoconstitucionalistas não são uníssonas, aliás, muito pelo contrário, há uma profunda divergência sobre as teorias neoconstitucionalistas e o modo de aplicação de seus cânones, haja vista as diversas visões sobre o fenômeno jurídico contemporâneo e variedade de posições jusfilosóficas e de filosofia política.

Ainda assim, não há grandes divergências quanto aos marcos do surgimento do movimento neoconstitucionalista, os quais são classificados por Luís Roberto Barroso, um dos percussores da ideologia no Brasil, da seguinte forma: marco histórico, marco filosófico e marco teórico. Mister falar resumidamente sobre cada um.

1.1.1. Marco histórico

O marco histórico é a formação do Estado Constitucional de direito, consolidado ao longo das décadas finais do século XX. Segundo assevera Luís Roberto Barroso³, o direito constitucional, na Europa, foi o constitucionalismo pós-guerra, principalmente na Alemanha e na Itália, enquanto no Brasil foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização advindo com ela.

O Direito Constitucional assumiu nova posição em relação às instituições contemporâneas, pois as ideias de constitucionalismo e de democracia se aproximaram, produzindo uma nova organização constitucional de direito. A principal referência do novo constitucionalismo é a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, e a criação do Tribunal Constitucional Federal, em 1951, que acarretaram em uma

² FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. Salvador: JusPdvim, 2016. p. 58.

³ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em 3 abr 2017.

disseminação de teorias e jurisprudências sobre direito constitucional. Outra referência de destaque é a Constituição da Itália, de 1947, e a instalação da Corte Constitucional, em 1956.

Da mesma forma que na Europa, no Brasil, o ressurgimento do direito constitucional ocorreu em um cenário de reconstitucionalização e, conseqüentemente, de redemocratização do país com a promulgação da Constituição da República de 1988, a qual foi responsável pela transição do Estado brasileiro de um regime autoritário e violento para um Estado democrático social de direito.

Importante assinalar, no ponto, que tem havido uma *judicialização da vida* no ordenamento brasileiro, e um dos motivos para tanto é exatamente a redemocratização do país advinda com a Carta de 1988, pois houve o surgimento de direitos sociais de maneira nunca antes visto.

Houve a recuperação das garantias da magistratura, o Poder Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado para se transformar em um verdadeiro Poder Político, com atuação independente para impor a observância da Constituição e das leis, ainda que contrarie o interesse dos demais Poderes.

Ademais, o ambiente democrático reavivou a cidadania ao possibilitar maior acesso à informação e consciência dos direitos dos cidadãos, com expansão institucional do Ministério Público e presença crescente da Defensoria Pública.

A importância da Constituição de 1988 é assim descrita por Barroso:

Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um sentimento constitucional no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor.⁴

⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em 3 abr 2017.

1.1.2. Marco Filosófico

O novo Direito Constitucional tem como marco filosófico o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre o direito e a ética. Caracteriza-se, ainda, pela influência entre duas correntes puras de pensamento, quais sejam, o jusnaturalismo e o positivismo, pois é marcado por um conjunto difuso e abrangente de ideais tanto do jusnaturalismo como do positivismo.

Fundado na crença de princípios de justiça universalmente válidos, o jusnaturalismo, desenvolvido a partir do Século XVI, aproximou a lei da razão e transformou-se na filosofia do Direito. Todavia, por ser considerado metafísico e anticientífico, viu a ascensão do positivismo no final do Século XIX, o qual buscava objetividade científica. Porém diante das barbáries promovidas pelo fascismo na Itália e pelo nazismo na Alemanha, regimes que promoveram barbáries sob a proteção da legalidade, o positivismo entrou em decadência.

Desse modo, como ensina Barroso⁵, diante da superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso do positivismo, abriu-se caminho para um conjunto amplo de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas sem desprezar o direito posto, relacionando o Direito com a moral, sem, contudo, se valer da metafísica. Resta saber como proceder desta maneira sem cair no descrédito social, considerando a continuidade de decisões contraditórias proferidas pela Corte Constitucional brasileira.

1.1.3. Marco Teórico

O marco teórico do neoconstitucionalismo é formado por um conjunto de mudanças consubstanciadas na força normativa da Constituição, na expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

⁵ BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em 3 abr 2017.

A força normativa conferida à Constituição é, sem dúvida, uma das grandes mudanças de paradigma advindas do neoconstitucionalismo, mormente com o reconhecimento do seu caráter vinculativo e obrigatório, bem como da previsão de mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado.

Em razão dessa força normativa, a expansão da jurisdição constitucional era inevitável, pois até 1945 vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, porém com o advento do modelo de supremacia constitucional, acreditava-se que os direitos fundamentais passariam a estar imunizados contra o processo político majoritário, pois sua proteção passava à responsabilidade do Poder Judiciário.

Diante dessa evolução do direito constitucional, a interpretação constitucional naturalmente não poderia ficar estagnada. Assim, a doutrina e a jurisprudência desenvolveram um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional, tais como o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da efetividade, força normativa e, finalmente, princípio da proporcionalidade.

Assim, por serem documentos dialéticos, as Constituições modernas consagram bens jurídicos que se contrapõem, sendo que a colisão de normas jurídicas de igual hierarquia demandará a atuação do intérprete para criar o Direito aplicável ao caso concreto, mediante a ponderação de princípios. Busca-se, portanto, métodos ou teorias da argumentação que permitam a procura racional e intersubjetivamente controlável da melhor resposta para os “casos difíceis” do Direito⁶.

1.2. Ativismo Judicial

Com o avanço do novo direito constitucional trouxe inegáveis avanços, porém também trouxe algumas polêmicas, principalmente no que tange à atuação do Poder Judiciário. Conforme disposto acima, a importância política do Poder Judiciário

⁶ SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidade*. Disponível em: <http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf>. Acesso em 10 abr 2017.

é crescente, até porque passou a enfrentar questões polêmicas e relevantes para a sociedade.

Como afirma Daniel Sarmento⁷, de mera “boca que pronuncia as palavras da lei”, como definido por Montesquieu, o Poder Judiciário assume posição de destaque no desenho institucional do Estado contemporâneo. A doutrina clássica da separação dos poderes, a qual prevê uma leitura rígida dos limites de atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais.

Surge, assim, uma força contramajoritária, defendendo a democracia mais substantiva em substituição às concepções estritamente majoritárias do princípio da democracia, legitimando restrições aos poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias, com a fiscalização por juízes não eleitos. Portanto, é nítido o foco no Poder Judiciário, tendo como grande protagonista o juiz, já que o Direito é analisado a partir de sua perspectiva interna, podendo levar, inclusive, a uma certa desconsideração do papel desempenhado pelos demais Poderes.

Diante de tais ponderações, não é estranho verificar uma judicialização da vida, como intitula Barroso⁸, porquanto o juiz assume um papel de guardião das promessas civilizatórias do texto constitucional, mormente pelo ideal humanista sustentado pelo neoconstitucionalismo e a possibilidade de emancipação humana pela via jurídica⁹.

O Brasil apresenta suas particularidades para justificar a judicialização da vida, tal como a redemocratização do país, que teve como ápice a promulgação da Constituição de 1988, restaurando as garantias do Magistrado perdidas durante o regime militar e reavivando a cidadania. Ademais, a Carta Política de 1988 é abrangente, tornando formalmente constitucionais diversas matérias que antes eram deixadas aos cuidados do processo político majoritário. Por fim, com o objetivo de

⁷ SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidade*. Disponível em: <http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmiento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf>. Acesso em 10 abr 2017.

⁸ BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em 10 abr 2017.

⁹ SARMENTO. Op. cit.

tornar mais eficaz e efetiva a proteção das normas constitucionais, instalou-se um sistema de controle de constitucional bastante amplo, também chamado de híbrido ou eclético, pois combina os aspectos dos sistemas americano e europeu¹⁰.

Da irradiação dos valores constitucionais pelo sistema jurídico decorre o ativismo judicial, o qual está associado, como disposto acima, a uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização daqueles valores. Barroso exemplifica as seguintes posturas como exemplos de ativismo: a) aplicação direta da Constituição a situações não expressamente previstas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) declaração de inconstitucionalidade de atos normativos, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; e c) imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em relação a políticas públicas¹¹.

Em decorrência dessas posturas adotadas pelo Poder Judiciário, Sarmento aponta três objeções ao neoconstitucionalismo, quais sejam: a) o pendor judicialista é antidemocrático; b) o perigo da preferência por princípios e ponderação, em detrimento de regras e subsunção, principalmente no Brasil; e c) possibilidade de se gerar uma panconstitucionalização do Direito, em detrimento da autonomia pública do cidadão e da autonomia privada do indivíduo¹².

A grande expectativa gerada sobre o Judiciário, como o concretizador dos ideais constitucionais, pode gerar um caráter antidemocrático, já que juízes não são eleitos e não respondem diretamente perante o povo, como ocorre com os políticos eleitos. O pressuposto de uma democracia é que as decisões políticas mais importantes sejam tomadas pelo próprio povo ou por seus representantes eleitos, e não por sábios ou tecnocratas de toga, muito embora o princípio majoritário deva acatar certos limites, notadamente aqueles impostos pelos direitos fundamentais.

Os críticos defendem que o neoconstitucionalismo cria um poder constituinte permanente, pois é conferido aos Magistrados o poder de moldar a

¹⁰ BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em 10 abr 2017.

¹¹ Ibid.

¹² SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidade*. Disponível em: <http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf>. Acesso em 10 abr 2017.

Constituição segundo seus ideais, seus valores e suas preferências políticas. Assim, segundo eles, acaba-se por obscurecer o sentido de Constituição ao se concentrar o foco em apenas um dos agentes da hermenêutica constitucional e favorecer um governo de “sábios de toga”, no qual o judiciário assume uma posição paternalista diante de uma sociedade infantilizada, e os juízes são semideuses, quase imunes às críticas direcionadas ao processo político majoritário, o que está longe da realidade.

Portanto, o pensamento de que o voto e a política são menos importantes do que a interpretação constitucional realizada pelo Poder Judiciário pode conduzir a um pensamento muito perigoso, o de que o povo não sabe votar, acarretando em uma ditadura de toga, que pode ser pior que a ditadura de farda, como alerta Daniel Sarmento¹³.

Ademais, a valorização dos princípios e da ponderação nem sempre está acompanhada do necessário cuidado com a justificação das decisões e sem apreciação de regras legais. Deve-se primar pela temperança - como já ensinava Aristóteles, em seu livro *Ética a Nicômaco* - sem que a aplicação do Direito se baseie estritamente nas regras, nem seja demasiadamente axiológico, fundamentado apenas em princípios. Essa observação é ainda mais importante em uma sociedade como a brasileira, na qual o comprometimento impessoal com as regras é substituído pela lógica privada (do “jeitinho brasileiro”).

Como se não bastasse, o panconstitucionalismo reconhece a vinculação dos particulares à Constituição, o que gera o risco de se impor aos cidadãos comportamentos e estilos de vida que eles mesmos rejeitam, tudo em nome de valores constitucionais.

Por outro lado, mesmo após todo o exposto acima, cumpre assinalar que a jurisdição constitucional com atuação do Poder Judiciário possui uma justificação filosófica, além da normativa. Em um Estado constitucional democrático, o constitucionalismo significa poder limitado e respeito aos poderes fundamentais, expressando a razão do Estado de direito, enquanto a democracia está ligada à soberania popular, fundada na vontade da maioria. Desse modo, a Constituição deve

¹³ SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidade*. Disponível em: <http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmiento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf>. Acesso em 10 abr 2017.

estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política, o governo da maioria e a alternância no poder, mas, ao mesmo tempo, deve proteger valores e direitos fundamentais, ainda que contrário à maioria, com o intuito de proteção das minorias, sendo o Poder Judiciário o intérprete final da Constituição – no caso brasileiro, o STF.

De se ver, ainda, que nas decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil, com destaque para aquelas de maior repercussão, não houve uma manifestação de ofício do Poder Judiciário, pelo contrário, ele foi provocado a se manifestar e não tinha, pelas regras impostas pelo ordenamento pátrio (art. 5º, XXXV, da CRFB), a alternativa de conhecer ou não das ações, de se manifestar ou não sobre o mérito do caso. Adotando-se essa linha de pensamento, não se pode pressupor que o Magistrado tem a ambição ou a pretensão de criar um modelo juriscêntrico, de hegemonia judicial, pois nem sequer tem a oportunidade de se manifestar sobre o cabimento da ação, haja vista a opção ideológica feita pela Carta Política, a qual impõe ao Judiciário o dever institucional de apreciação dos casos a ele submetidos.

2. UMA NOVA PERCEPÇÃO SOBRE A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

Citando Mauro Capplletti, o professor Carlos Alexandre de Azevedo Campos afirma que o controle de constitucionalidade das leis é “um encontro excitante e perplexo entre legislador e juiz, entre lei e julgamento”¹⁴.

Com a relevância cada vez maior do controle de constitucionalidade no Direito Constitucional, tem-se visto uma gradual passagem da supremacia do Legislativo para uma supremacia do Judiciário, na qual este possui poderes para invalidar atos normativos incompatíveis com a Constituição.

A fim de evitar essa inversão de supremacia, sob a justificativa de que estar-se-ia prestigiando um entendimento contramajoritário, mas ao mesmo tempo sem defender uma divisão rígida e excludente entre Legislativo e Judiciário, Stephen Gardbaum¹⁵ afirma que o modelo de constitucionalismo da comunidade britânica vem se redesenhando, classificada por ele como uma **jurisdição constitucional fraca**. O mesmo tem ocorrido no Canadá e na Nova Zelândia, pois apesar de os Tribunais deterem o poder de proteger direitos, os parlamentos possuem a última palavra no controle de constitucionalidade, desvinculando-o da supremacia judicial.

Desse modo, sem a pretensão de esgotar o tema, suas características são assim resumidas por Bernardo Gonçalves:

1) ter uma carta de direitos jurídica; 2) dotar o Poder Judiciário, de alguma forma, com o poder de valorizar/efetivar esses direitos, avaliando a legislação e outros atos governamentais da perspectiva de sua adequabilidade a esses direitos e/ou a consistência com esses direitos; 3) dotar o Poder Legislativo do poder da última palavra sobre o que o direito é, por meio de maioria ordinária.¹⁶

Levando-se em consideração as definições de Stephen Gardbaum¹⁷, o Direito Constitucional pátrio seria classificado como **jurisdição constitucional forte**, pois há a supremacia do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade repressivo.

¹⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 25.

¹⁵ GARDBAUM, Stephen. *O Novo Modelo de Constitucionalismo da Comunidade Britânica*. Lumem Juris, 2010. p. 160.

¹⁶ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.492.

¹⁷ GARDBAUM. Op. cit.

Desse modo, o Poder Judiciário poderá reconhecer a contrariedade do ato normativo em relação à ordem constitucional declarando sua nulidade, sendo que essa conduta contrária à Constituição da República poderá ser positiva ou negativa, surgindo, assim, a diferenciação entre inconstitucionalidade por ação e inconstitucionalidade por omissão.

Haja vista o propósito do presente trabalho, será dado enfoque total à inconstitucionalidade por omissão, pois decorre da circunstância de o legislador não cumprir um dever constitucional concreto de atuação, ou seja, segundo Canotilho, é quando o legislador deixa de fazer aquilo à que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado¹⁸.

2.1. Perspectiva Tradicional

Consoante a doutrina em geral, a definição de omissão inconstitucional seria, basicamente, a existência de obrigação constitucional de legislar e a inércia legislativa.

Há, ainda, uma outra vertente, citada pelo professor Carlos Alexandre de Azevedo Campos e defendida por Francisco Fernández Segado, chamada de “normativista”, na qual o foco recai sobre as consequências derivadas da inação do legislador em cumprir a constituição, mais precisamente sobre as situações jurídicas e sociais que se revelam opostas à constituição em decorrência da omissão legislativa¹⁹.

O próprio Carlos Alexandre de Azevedo Campos critica a concepção “normativista” ao argumento de que ela não teria autonomia ante a caracterização meramente obrigacional da omissão legislativa, pois Segado formula uma concepção meramente formal ao vincular a identificação normativa da omissão aos efeitos produzidos pela inércia do legislador em não cumprir os deveres constitucionais expressos de legislar²⁰.

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almeida. p. 1.003.

¹⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 32.

²⁰ Ibid. p. 33.

A visão tradicional tem se preocupado apenas com a eficácia jurídico-formal ou a aplicabilidade dos enunciados normativos constitucionais segundo estrutura e densidade semânticas, ignorando critérios de ordem material. Assim, **os casos de omissão inconstitucional têm sido limitados às chamadas normas constitucionais de eficácia limitada.**

Mesmo dentro dessa categoria, há doutrina que reduz ainda mais o campo de incidência da omissão inconstitucional, restringindo-a aos enunciados normativos de eficácia limitada, por meio das quais forem veiculados comandos específicos para legislar, também conhecidas como **fontes do dever de legislar.**

Ainda dentro da visão tradicional, deve-se ressaltar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal era no sentido de ser inviável o suprimento direto da lacuna legislativa pelo Poder Judiciário quando reconhecida a omissão inconstitucional. De acordo com esse entendimento, o Tribunal se limita a reconhecer a mora legislativa com eficácia *erga omnes*, vindo, no máximo, a indicar o prazo para que o Poder competente legisle ou, em caso de órgão administrativo, que este supra a omissão no prazo de 30 (trinta) dias.

Desse modo, a referida declaração de inconstitucionalidade possuía muito mais um significado de persuasão moral do que impunha a obrigação do legislador em suprir a lacuna, podendo apenas vir a estimular os agentes políticos a cumprir seus deveres de normatizar.

Contudo, no ano de 2007, o STF modificou seu entendimento no julgamento dos Mandados de Injunção n. 670, 708 e 712, os quais discutiam a possibilidade de exercício do direito de greve dos servidores públicos. Assim, somente a partir desse momento é que a Suprema Corte passou a admitir a possibilidade de que, reconhecida a inconstitucionalidade por omissão, a lacuna legislativa poderá ser suprida pela decisão judicial que a reconheceu, que, naqueles precedentes, foi a determinação de que fosse aplicada, por analogia, a lei de greve do setor privado aos servidores públicos.

2.2. Perspectiva Contemporânea

Mesmo com a evolução jurisprudencial do STF e a geração neoconstitucionalista, imperioso o reconhecimento de que o conceito de omissão

inconstitucional merece uma nova análise pelo intérprete, pois sua preocupação deve ter como enfoque a efetividade dos direitos fundamentais e não a eficácia formal dos dispositivos constitucionais correspondentes.

Assim leciona Carlos Alexandre de Azevedo:

A omissão normativa é vício a implicar a atuação incompleta de qualquer dispositivo da constituição, não podendo a estrutura semântica dos seus enunciados ser critério exclusivo de identificação. A transformação dos enunciados normativos em realidade concreta envolve limitações, obstáculos fáticos e variáveis, sociais e institucionais, que podem afetar, em diferentes medidas, diversos preceitos relativos aos direitos fundamentais, e isso independentemente da expressão e da densidade semântica desses enunciados. Com efeito, a omissão normativa inconstitucional é problema do processo de desenvolvimento da Constituição e dos direitos nela reconhecidos; um problema da efetividade dos direitos fundamentais a cargo dos poderes constituídos, e essas circunstâncias, inequivocamente, extrapolam argumentos de ordem puramente semântico-estruturais.²¹

Dessa forma, a omissão inconstitucional deve ser entendida, também, mediante a análise dos direitos fundamentais à que visa proteger, sendo que a proteção deficiente enseja o reconhecimento da omissão estatal inconstitucional, dando origem à deficiência das políticas públicas e à falta de coordenação entre lei e ação administrativa.

Ainda de acordo com os ensinamentos do professor Carlos Alexandre, a omissão inconstitucional não viola somente um enunciado normativo, mas impede a atuação concreta da norma constitucional correspondente e do direito fundamental veiculado, sendo que a visão tradicional acaba por incorrer em alguns vícios:

- (i) vícios cognitivos e metodológicos – a atenção recai na estrutura dos enunciados normativos, em vez de focar-se na e atuação concreta da norma constitucional;
- (ii) excesso de formalismo – na caracterização da omissão normativa inconstitucional, a dogmática tradicional prestigia a eficácia formal dos dispositivos constitucionais em detrimento da necessária efetividade dos direitos fundamentais neles previstos;
- (iii) promove alcance restrito de atuação da Constituição – é míope à imperatividade de realizar o projeto constitucional como um todo;
- (iv) cimenta bases normativas equivocadas com consequências político-institucionais dramáticas – lança os poderes representativos – Parlamento e

²¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 53.

Executivo – e o Supremo a uma relação meramente adversarial, de soluções do tipo *tudo ou nada*.²²

Diante disso, o autor conclui que a omissão inconstitucional decorre da **falha de coordenação** entre o Legislativo e o Executivo, a implicar deficiências na consecução de políticas públicas.

Importante ressaltar, também, que o professor Carlos Alexandre refuta a ideia tradicional de omissão inconstitucional ao argumento de que ela favorece o **unilateralismo institucionais**, pois uma divisão rígida e formal, apoiada apenas em bases conceituais sobre o que é ou não um *imperativo constitucional de legislar*, favorece o ativismo judicial antidialógico e, ao mesmo tempo, impõe o passivismo judicial, porquanto a decisão de “não fazer” do órgão encarregado de expedir as normas necessárias é tida como soberana²³. Ou seja, impõe-se uma atuação de comportamentos aprioristicamente excludentes, do tipo *tudo ou nada*.

Assim, tomando como base as lições do ilustre doutrinador, chega-se à conclusão de que a omissão inconstitucional não é definida somente pela ausência de lei, mas também pela ausência de estrutura apta a tornar realidade os comandos legais, acarretando na insuficiência da atuação da norma constitucional de direitos fundamentais e cuja concretização se impõe.

Não raras vezes essa situação de inexistência de norma e de estrutura adequadas para a concretização de direitos constitucionais é verificada de forma reiterada no ordenamento pátrio, na qual os poderes representativos não demonstram capacidade institucional e nem vontade política para revertê-la, configurando um quadro de **falha estruturais**.

Portanto, em razão de situações extremas, pode-se legitimar uma atuação mais direta do Poder Judiciário – e até mesmo ativista -, pois se passa da inconstitucionalidade por omissão ao estado de coisas inconstitucional (ECI), na qual se constata uma massiva e sistemática violação de direitos fundamentais, decorrente da deficiência institucional e estrutural do Estado ou de bloqueios políticos.

²² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p 56-67.

²³ Ibid. p. 74.

Mesmo entre as normas constitucionais de eficácia direta e imediata há aquelas que, nos processos de interpretação e aplicação, necessitam de intervenção estatal para afastar limitações fáticas e permitir a sua incidência completa, pois o texto é interpretado e aplicado em seu contexto fático, político e social, em uma relação de reciprocidade entre o enunciado normativo e a realidade social.

Ademais, o legislador é tido como o primeiro intérprete constitucional e deveria inaugurar o processo de concretização dos direitos fundamentais, de forma que sua inércia, ao contrário e em diferentes graus, poderá contribuir para a negação dos direitos e liberdades fundamentais²⁴.

A atuação estatal será legítima somente quando ofereça uma proteção adequada aos direitos fundamentais, notadamente em observância ao princípio da proporcionalidade sob a ótica da proibição da proteção insuficiente, pois o referido princípio opera tanto como uma proibição de excesso, quanto naquilo em que proíbe uma proteção insuficiente, exigindo uma proteção social compatível com as exigências da dignidade da pessoa humana no marco de um Estado Democrático e Social de Direito²⁵.

2.3. Falha Estrutural Decorrente da Omissão Constitucional

De se ver que, de acordo com os conceitos de omissão acima delineados, a visão tradicional favorece a debilidade dos direitos fundamentais diante de casos de inércia deliberada dos políticos, de impossibilidade real de consenso parlamentar (*deadlock*), configuração de “pontos-cegos legislativos” (*legislative blind spots*) e de bloqueios institucionais. E como dito, a ausência de efetividade dos direitos fundamentais pode não decorrer, necessariamente, da inexistência de norma, mas sim da falta de coordenação entre os órgãos públicos responsáveis pela sua concretização.

A ausência de políticas públicas eficazes, nesses casos, configura as **falhas estruturais**, as quais decorrem não da inércia de um único órgão, mas sim do

²⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 64.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 10. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 433.

legislador e de vários órgãos de governo. Essas falhas são resultados da deficiência dos ciclos de formação e execução de políticas públicas, acarretando graves e sistemáticas violações de direitos.

Nesse sentido são os ensinamentos do catedrático da UERJ, Carlos Alexandre de Azevedo Campos:

A fonte do imperativo constitucional da ação estatal de ser os próprios direitos fundamentais, de modo que a configuração da omissão inconstitucional dependerá de saber se o legislador e os órgãos de governo, de forma coordenada, estabeleceram ou não os meios necessários para a realização dos direitos diante das circunstâncias e limitações fáticas envolvidas. A violação dos direitos ou sua falta de proteção podem decorrer de deficiências legislativas, assim como do descompasso entre o que previsto em lei e o que implementado como política pública. Isso significa que haverá omissão inconstitucional sempre que a falta ou deficiência de políticas públicas encerrarem uma *proteção insuficiente* dos direitos fundamentais, independentemente da tipologia dos enunciados constitucionais correspondentes. Essa ausência de políticas públicas satisfatórias surge, comumente, de falhas estruturais e não da inércia específica de um órgão e entidade.²⁶

Na maioria das vezes, as falhas estruturais decorrem de impasses políticos que impossibilitam a solução de uma realidade social de grave e inaceitável violação de direitos fundamentais, exigindo uma forte e ampla intervenção judicial, sob pena de perpetração das violações, pois a inércia do órgão originariamente competente não justifica a inação de todo o aparelho estatal.

²⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 93.

3. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

O Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) é instrumento criado pela Corte Constitucional colombiana para atuar na tutela da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, defendendo a intervenção estrutural daquele Tribunal nos casos em que há uma violação massiva e sistemática de direitos.

No Brasil, o tema vem sendo trabalhado pelo professor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), Carlos Alexandre de Azevedo Campos, bem como foi objeto de debate pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em medida cautelar proferida na Arguição de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347²⁷, decisão esta que será analisada de forma adequada no momento oportuno.

Configura-se como um mecanismo caracterizado pela presença de um Estado constitucional socialmente mais ativo, comprometido com a busca de soluções profundas para problemas estruturais, os quais são detectados quando há um bloqueio institucional capaz de gerar uma violação massiva e sistemática de direitos, impondo o reconhecimento de uma realidade inconstitucional.

Na Colômbia, o ECI tem sido um dos elementos mais significativos para o desenvolvimento social da população local, principalmente para a satisfação do projeto de constitucionalismo transformativo, com atuação judicial ativa e progressista da Corte Constitucional.

²⁷ CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil.

SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.

FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Deferimento parcial da medida cautelar requerida em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF n. 347/DF. Partido Socialista e Liberdade – PSOL. Relator: Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. 9 de setembro de 2015. DJe de 19 de fevereiro de 2016).

Em várias oportunidades a Corte Constitucional colombiana reconheceu o ECI, sendo que com o passar do tempo a jurisprudência foi evoluindo a fim de torná-lo ainda mais eficaz. Dentre esses casos pode-se citar alguns, como o dos **devedores hipotecários**. Nesse caso, em razão de uma grave crise financeira que assolava a Colômbia entre 1997 e 1999, os devedores hipotecários – aproximadamente 200 mil famílias – não podiam mais arcar com os juros dos financiamentos e começaram a perder suas casas.

A Corte Constitucional, em 1999, interveio na fórmula UPAC – utilizada pelo Banco Central para equilibrar os contratos – consignando que o percentual de juros foi muito superior ao índice de inflação, desequilibrando o contrato firmado entre a instituição financeira e os mutuários.

Desse modo, reconheceu-se a violação do direito fundamental à moradia digna, determinando a redução dos juros, proibindo a capitalização, dispensando multas e ordenando novos cálculos dos débitos. No ano de 2000, o Congresso aprovou uma lei incorporando as determinações expedidas pela Corte.

Outro caso importante foi o dos **docentes municipais**. Em 1997, pela primeira vez a Corte Constitucional declarou o ECI. Nessa hipótese, 45 (quarenta e cinco) professores dos municípios de María La Baja e Zambrano tiveram os direitos previdenciários recusados pelas autoridades locais.

Embora contribuíssem com descontos obrigatórios sobre seus subsídios, os docentes não tinham cobertura de saúde e de seguridade social. A Corte reconheceu o direito daqueles professores, mas também constatou que o descumprimento da obrigação era generalizado, havendo uma falha estrutural, alcançando cerca de 80% dos professores dos municípios.

Assim, determinou-se a proteção da dimensão objetiva dos direitos fundamentais em jogo, determinando aos municípios que se encontrassem em situação análoga a correção da inconstitucionalidade e ordenou o envio de cópias da sentença aos Ministros Educação e da Fazenda e do Crédito Público, ao Diretor do Departamento Nacional de Planejamento, aos membros do CONPES social, aos Governadores e Assembleias, aos Prefeitos e aos Conselhos Municipais para providências.

Importante citar, ainda, o caso do **direito de petição dos aposentados e a ineficiência administrativa**, que foi o segundo ECI reconhecido pela Corte Constitucional e envolveu a mora da Caixa Nacional de Previdência em responder petições de aposentados e pensionistas que pretendia o recálculo e pagamento de diferenças das verbas previdenciárias.

A entidade pública declarou que havia cerca de 45.000 (quarenta e cinco mil) petições a serem respondidas, o que demoraria de dois a três anos para realizar os atos administrativos. A Corte, além de ordenar que o órgão público resolvesse o direito de fundo em 48 (quarenta e oito) horas, declarou o ECI pela ineficiência administrativa para resolver os direitos dos aposentados, proferindo decisão que alcançou um conjunto de instituições, com comunicação aos Ministros da Fazenda e do Crédito Público e do Trabalho de Seguridade Social, ao Chefe do Departamento Administrativo da Função Pública e à gerência da Caixa Nacional de Previdência Social para que, em 6 (seis) meses, corrigissem a prática, dentro dos parâmetros legais, e, ainda, comunicou a decisão ao Procurador Geral da Nação ao Controlador-Geral da República para que vigiassem o cumprimento da sentença, bem como comunicou ao Defensor do Povo para velar pelo respeito aos direitos humanos dos aposentados e pensionistas, devendo informar à Corte sobre a situação.

Por fim, importante relatar o caso do **sistema carcerário colombiano**, uma das mais notórias decisões proferidas pela Corte Constitucional colombiana, mas, ao mesmo tempo, uma das mais decepcionantes.

Nessa hipótese, a Corte Constitucional declarou o ECI relativo ao quadro de superlotação das penitenciárias do país, pois implicava uma violação massiva dos direitos à dignidade humana, à vida, à integridade física, à família e à saúde.

Acusou-se a absoluta ausência de políticas públicas dirigida à população carcerária para minimizar a situação drástica, sendo notória a insensibilidade dos gestores públicos e tema totalmente fora da agenda política. A falta de representação política dos presos e a indiferença dos governantes revelavam a improbabilidade de que a solução estaria longe de ser alcançada, justificando a declaração do ECI.

Desse modo, foi notificado do ECI os Presidentes da República, do Senado, da Câmara, da Turma de Direito Penal da Corte Suprema de Justiça e das

Turmas Administrativa e Jurisdicional Disciplinar do Conselho Superior da Judicatura, o Fiscal Geral da Nação, os Governadores e Prefeitos, os Presidentes das Assembleias dos Departamentos e os Conselhos Municipais.

Ordenou-se, ainda, ao INPEC, ao Ministério da Justiça e do Direito e ao Departamento Nacional de Planejamento a elaboração, dentro de três meses, de um plano de construção e reparação das unidades carcerárias de modo a assegurar condições dignas aos presos, bem como a direção da realização total do plano que deveria se dar no prazo máximo de 4 (quatro) anos, bem como foi determinado que o Governo nacional providenciasse os recursos orçamentários e demais medidas necessárias à execução do aludido plano, dentre outras medidas. Posteriormente, ainda houve mais duas outras oportunidades em que a Corte declarou o ECI sobre a situação carcerária, porém com outros fundamentos.

Após todos esses casos relatados acima, além de outros tantos, constatou-se que o grande erro da declaração do ECI naquele ordenamento jurídico, notadamente no caso das penitenciárias colombianas, foi o fato de que a Corte Constitucional não estabeleceu um diálogo entre as instituições, pois sem estabelecer maiores detalhes, aquele Tribunal entregou aos poderes políticos e aos órgãos administrativos a tarefa de dar conteúdo às políticas públicas necessárias.

De fato, não cabe à Justiça esmiuçar os detalhes das políticas e das decisões a serem tomadas no campo administrativo para que a violação dos direitos fundamentais seja superada. Contudo, a simples declaração do ECI, sem qualquer acompanhamento e diálogo com os órgãos envolvidos, também não confere nenhuma eficácia à decisão.

Assim, embora as ordens expedidas pelo Poder Judiciário tenham sido de alta qualidade, não revelou efeitos práticos satisfatórios, ou seja, foram proferidas ordens estruturais que poderiam ajudar na solução do problema, porém não se estabeleceu procedimentos adequados de monitoramento para sua implementação, pois a Justiça acreditou que a autoridade de suas decisões já era suficiente para que os órgãos cumprissem suas determinações, o que, na realidade, não ocorreu ante a ausência de diálogo.

Por outro lado, na Sentencia T – 025, de 2004, a Corte Constitucional enfrentou o mais importante caso de violação massiva de direitos fundamentais decorrentes de falhas estruturais, que foi o caso do deslocamento forçado de pessoas em decorrência da violência na Colômbia.

Muitos a consideram como a decisão mais ambiciosa da história da Corte, pois os Magistrados declararam que a dramática situação das mais de três milhões de pessoas deslocadas pela violência na Colômbia constitui um ECI. Portanto, os Juízes tentaram solucionar o problema sociais mediante a intervenção estrutural.

O grande diferencial desse caso foi o fato de que a Corte teve jurisdição sobre o litígio para assegurar a implementação de suas ordens, não se limitando a determinar a promoção de políticas públicas dirigidas a remover a violação de direitos. A Corte Constitucional atuou supervisionando o cumprimento da decisão, realizando audiências públicas para debater quais seriam as melhores soluções e proferiu novas decisões e ordens dirigidas à superação do ECI.

Para tanto, conforme relatado por Carlos Alexandre de Azevedo Campos, citando Cepeda Espinosa, houve a **fase de formulação** de políticas públicas, na qual percebeu-se os defeitos do panorama legislativo, tais como: i) a ausência de um plano de ação atualizado de funcionamento do Sistema Nacional de Atenção à População Deslocada – SNAIPD; ii) a inexistência de previsão de prioridades, metas específicas ou indicadores que permitissem detectar se os fins políticos estão sendo cumpridos; iii) falta de clareza na distribuição das funções e responsabilidades entre as entidades envolvidas na proteção da população deslocada; e iv) insuficiência de elementos fundais de uma política pública adequada²⁸.

Já na **etapa de implementação**, reconheceu-se falhas como a deficiência das ações concretas por parte das entidades às quais foram distribuídas fundações, a inadequação e inefetividade dos meios utilizados para alcançar os fins perseguidos e a impontualidade na execução das políticas²⁹.

²⁸CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 146.

²⁹ Ibid. p. 146-147.

Na **fase de avaliação**, a Corte Constitucional colombiana verificou a absoluta ausência de mecanismos de supervisão que permitissem avaliar a gestão das entidades envolvidas, com falhas, por exemplo, no Sistema de Informação, de registro de pessoas deslocadas, o que impedia o dimensionamento do esforço futuro necessário à superação das violações aos direitos e a avaliação dos resultados da ajuda implementada.

Diante desse panorama, concluindo não apenas que o Estado não estava executando ou financiando de forma eficiente uma política pública, mas que a própria política era deficiente, a Corte reconhece o ECI e a necessidade de intervenção para retirar o estado de inércia das autoridades políticas, porém sem exercer diretamente suas funções. A decisão exigiu a produção de leis e de um marco regulatório eficientes para a proteção dos direitos fundamentais, na sua dimensão objetiva.

Tamanha foi a sua complexidade que foi chamada de “macrosentença”, haja vista o tamanho da população beneficiária, a gravidade das violações de direitos, os numerosos atores estatais e sociais envolvidos, e a ambição e a duração do processo de implementação de suas ordens. Em 10 (dez) anos, foram realizadas mais de 20 (vinte) audiências públicas com presença de autoridades e setores da sociedade civil, nas quais foram determinadas adequações, alterações no andamento e o aperfeiçoamento das políticas públicas formuladas.

3.1. Pressupostos do Estado de Coisas Inconstitucional

Dos casos acima citados, verifica-se que a declaração do ECI é declarada em situações extremas, fundada em elementos essenciais do neoconstitucionalismo, tal como a limitação do poder político majoritário em prol dos direitos das minorias e a proteção prioritária dos direitos fundamentais, sem que as prioridades do poder político se sobreponham aos direitos fundamentais.

Desse modo, o Poder Judiciário acaba por assumir o papel de corrigir as falhas estruturais em nome da garantia da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, adotando a solidariedade e a equidade social como ferramentas argumentativas dentro do constitucionalismo contemporâneo.

Todavia, o ECI não pode ser um instrumento a ser utilizado a todo e qualquer caso submetido à análise do Poder Constitucional. Assim, deverá atuar, precipuamente, apenas no campo dos direitos sociais e econômicos, haja vista que seu principal objetivo é censurar o ciclo de políticas públicas correspondentes, seja na sua formulação, implementação ou avaliação.

Diante disso, a Corte Constitucional colombiana, na Sentencia T – 125, de 2004, estabeleceu 6 (seis) fatores a serem valorados para determinar se há – ou não – um Estado de Coisas Inconstitucional. Entretanto, Carlos Alexandre de Azevedo Campos, ao argumento de que, por mexer na estrutura e na dinâmica de atuação dos outros poderes, a Corte deve ser extremamente criteriosa para identificar os pressupostos, propõe que o ECI estará configurado quando estiverem 4 (quatro) pressupostos dentre aqueles elencados pela Corte colombiana.

Adotando-se a posição do professor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, tem-se que o **primeiro pressuposto** é a constatação de um quadro de massiva e contínua violação de diferentes direitos fundamentais, que afeta um amplo número de pessoas, não podendo ser uma simples proteção deficiente. Portanto, não basta uma transgressão ao direito individual de um ou de poucos demandantes, devendo ser constatado, necessariamente, um quadro de violação sistemática, grave e contínua de direitos fundamentais que alcançam um número elevado de pessoas, caracterizando um problema de ordem social³⁰.

O **segundo pressuposto** se refere à omissão reiterada e persistente das autoridades públicas em observar o imperativo de defesa e promoção dos direitos fundamentais. De acordo com Campos, “a ausência de medidas legislativas e orçamentárias representaria uma ‘falha estrutural’ que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação”³¹.

No tocante a esse pressuposto, importante ressaltar que não é a omissão de apenas uma autoridade competente, mas sim a deficiência do Estado como um todo, com a inércia de órgãos e entidades em conjunto, ou seja, é o mau

³⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 1. ed. Salvador: JusPodivm. p. 180.

³¹ Ibid. p. 181.

funcionamento estrutural e histórico que acarreta na massiva violação de direitos, disposta no primeiro pressuposto.

Com amparo nas lições de William A. Fletcher, o professor Carlos Alexandre relaciona o ECI às chamadas *questões policêntricas*, as quais são problemas complexos com determinado número de “centros” de problemas subsidiários, cada um relacionado com o outro e que a solução de um depende da solução dos outros³². Dessa forma, há uma intrincada rede de falhas e violações interdependentes, que se influenciam e se condicionam reciprocamente, sendo insuficiente a solução de uma falha isoladamente.

Já o **terceiro pressuposto** diz respeito às medidas necessárias à superação das inconstitucionalidades, as quais exigem a expedição de remédios e ordens dirigidas a um conjunto de órgãos competentes para tanto. Desse modo, o mau funcionamento estrutural e histórico do Estado está intimamente ligado à adoção de medidas de igual ou similar alcance, como a adoção de novas políticas ou correção daquelas já existentes, alocação de recursos e ajustes nos arranjos institucionais e nas próprias instituições³³.

Por conseguinte, o litígio estrutural veicula a ideia de remédios estruturais, e se caracteriza por implicar ordens de execução complexa, devendo o Magistrado instruir diversas entidades públicas a empreender ações coordenadas para proteger toda sociedade, e não somente os demandantes do caso concreto.

Por fim, o **quarto pressuposto** se relaciona à potencialidade de um número elevado de afetados transformarem a violação de direitos em demandas judiciais, acarretando em um congestionamento da máquina judiciária³⁴. Em razão disso, o Poder Judiciário deve buscar a solução do conflito de uma única vez, alcançando o maior número possível de afetados, até mesmo como uma forma de defesa, a fim de não inviabilizar os trabalhos dos Tribunais.

Logo, “tratar a questão como litígio estrutural e tomar medidas que alcançam ampla população de afetados não possui apenas a vantagem de favorecer

³² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 182.

³³ Ibid. p. 183-184.

³⁴ Ibid. p. 185.

a isonomia na solução tomada, mas também de servir como estratégia para prevenir problemas de congestionamento judicial”³⁵.

Estabelecidos os pressupostos do ECI, de ver que a sua declaração não é tão simples como possa parecer, e sua definição, da mesma forma, não é tarefa fácil.

O professor Carlos Alexandre, citando Blanca Raquel, a qual faz alusão aos ensinamentos de Habermas e Müller, fala em “fatos como realidade e realidade como norma” para elucidar que o ECI é um juízo negativa sobre uma realidade constitucional. Segundo a autora, o conteúdo das normas constitucionais não é realizável somente na forma de um texto linguístico, mas também levando em consideração as particulares condições da vida real, cabendo ao ECI inserir o fático no normativo e expressar a distância entre esses elementos em desfavor da justiça e da proteção de direitos fundamentais de grupos vulneráveis³⁶.

Também com amparo nas lições de Campos, Bernardo Gonçalves afirma que:

(...) quando declara-se o Estado de Coisas Inconstitucional, a Corte Constitucional afirma existir quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia continuada dessas mesmas autoridades, de modo que, como já dito, apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público podem modificar a situação inconstitucional. Ante a gravidade excepcional do quadro, a corte se afirma legitimada a interferir na formulação e implementação de políticas públicas e em alocações de recursos orçamentários e a coordenar as medidas concretas necessárias para superação do estado de inconstitucionalidades.³⁷

Já o professor da UERJ, apoiado nas decisões da Corte Constitucional e em doutrinadores colombianos, definiu o ECI da seguinte forma:

(...) técnica de decisão por meio da qual cortes e juízes constitucionais, quando rigorosamente identificam um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais do Estado, declaram a absoluta contradição entre os comandos normativos constitucionais e a realidade social, e expedem ordens estruturais dirigidas a instar um amplo

³⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 185.

³⁶ Ibid. p. 186.

³⁷ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. Salvador: JusPdovim, 2016. p. 1.470.

conjunto de órgão e autoridades a formularem e implementarem políticas públicas voltadas à superação dessa realidade inconstitucional.³⁸

3.2. Sentenças Estruturais

Com a declaração do ECI, deve-se, necessariamente, ser proferida uma sentença estrutural, as quais não se limitam a determinar obrigações dirigidas às autoridades públicas para o cumprimento de prestações específicas.

Por se tratar de um litígio público, o Poder Judiciário é instado a se manifestar não para resolver conflitos individuais conforme princípios de direito privado, mas sim para lidar com reivindicações sobre mudanças sociais em larga escala, de acordo com preceitos constitucionais. Seu foco é a melhoria das perspectivas das políticas públicas em favor de um conjunto de indivíduos, devendo a Corte abandonar seu papel passivo para vestir-se em um papel afirmativo, e até mesmo ativista.

Como nos casos em que reconhecido o ECI há uma massiva violação de direitos sem que haja uma perspectiva de superação desse estado, não será suficiente a prolação de decisões preventivas ou reparatórias, tornando imperiosa as mudanças institucionais por meio de remédios ajustados aos fins transformativos.

Como se não bastasse, as decisões estruturais acarretam, além dos seus efeitos diretos, em repercussões indiretas importantíssima para a superação da inconstitucionalidade. O professor Carlos Alexandre ressalta que a declaração do ECI possui especial relevância para a transformação indireta e simbólica sobre as relações sociais, modificando a percepção dos atores sociais sobre o tema³⁹.

As sentenças estruturais alteram a percepção do problema e das alternativas de solução do conflito ao reequilibrarem os poderes dos atores em litígio, redefinindo os parâmetros do tema sob novos focos e argumentos, os quais são alcançados até mesmo pela maior visibilidade do problema social.

³⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 187.

³⁹ Ibid. p. 205.

Segundo o autor, as decisões estruturais formulam quatro tipos de efeitos combinados: **diretos instrumentais, diretos simbólicos, indiretos instrumentais e indiretos simbólicos.**

Os efeitos diretos são aqueles determinados pela sentença e que afetam todas as partes envolvidas no litígio, sendo que os instrumentais se relacionam com a formulação e implementação de novas normas políticas e públicas. Já os simbólicos consistem na definição e na percepção do primeiro pressuposto do ECI, qual seja, configuração do problema como violação massiva de direitos.

Por outro lado, os efeitos indiretos são as consequências não definidas nas ordens judiciais ou determinadas de forma explícita na decisão, mas que existem e dela decorrem naturalmente, sem a necessidade de que conste expressamente, irradiando sobre qualquer ator social, não sendo restrito às partes do caso concreto.

Assim, os efeitos indiretos instrumentais se relacionam à formação de movimentos e organizações sociais para participarem da fase de implementação da decisão, bem como as transformações provocadas pela cobertura midiática. Os efeitos indiretos simbólicos, por outro lado, são a mudança da opinião pública sobre a gravidade ou urgência da solução do problema, o que afeta diretamente o comportamento dos atores políticos em favor dos destinatários dos direitos fundamentais.

As decisões estruturais exigem, também, que o Poder Judiciário retenha jurisdição também sobre a fase de execução, devendo criar formas de monitoramento durante todo o processo de implementação e possibilitando que a Corte modifique suas ordens originais e as adaptem de acordo com o desenvolvimento do processo. Portanto, a pretensão é corrigir não somente a atuação defeituosa da Administração Pública, mas também retificar as próprias decisões que se mostrem de difícil cumprimento.

Esse monitoramento pode ser efetivado, por exemplo, mediante a criação de comissões específicas, auxílio de experts no assunto, exigência de relatórios periódicos e audiências públicas. Assim, com a interação entre a Corte, as partes do processo e a sociedade, a chance de sucesso da decisão cresce exponencialmente.

3.3. Superação do Estado de Coisas Inconstitucional

Como não podia deixar de ser, em homenagem ao princípio da separação dos Poderes, a participação da Corte deve prosseguir somente até a superação das violações e falhas estruturais que lhe deram causa, desaparecendo, a partir de então, a legitimidade das medidas estruturais.

Garcia Jamillo, citado por Carlos Alexandre em sua obra⁴⁰, enxerga o ECI como uma doutrina inacabada, pois, por exemplo, subsiste a dúvida quanto à sua superação ou levantamento no caso concreto, pois o seu término não está regulado normativamente. Para o professor César Rodríguez Garavito, também citado pelo catedrático da UERJ⁴¹, avalia que a superação do ECI deve combinar dois tipos de critérios: indicadores de processo – diagnóstico sobre a redução ou eliminação das falhas estruturais nos processos de políticas públicas; e indicadores de resultados – exame do avanço na proteção dos direitos fundamentais em favor da população afetada.

Por conseguinte, constata-se que os mesmos critérios que levaram a Corte a declarar o ECI devem guiá-la para avaliar sua derrocada. Assim, Garavito formulou um teste numérico de sua superação, composto de cinco passos⁴².

O **primeiro passo** seria a fixação dos critérios de processo e de resultado, seguido, como **segundo passo**, pela fixação da lista de indicadores dentro de cada dimensão, ou seja, dimensão do processo (indicadores de desenho, implementação e avaliação públicos) e dimensão do resultado (indicadores de gozo efetivo de cada um dos direitos fundamentais envolvidos).

O **terceiro passo** é a determinação dos valores distintos das dimensões de processo e de resultado, devendo ser dado maior peso a esta em relação àquela. Por exemplo, em um total de 100 (cem) pontos, 80 (oitenta) seriam atribuídos à dimensão de resultado e 20 (vinte) à dimensão de processo.

⁴⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 211.

⁴¹ Ibid. p. 211.

⁴² Ibid. p. 212.

Em seguida, o **quarto passo** configura-se pela determinação dos valores de cada indicador dentro de cada uma das dimensões. Ainda dentro daquele exemplo, caso existam 4 (quatro) direitos envolvidos, cada um terá 20 (vinte) pontos.

Por fim, o **quinto passo** seria a fixação do limiar de superação do ECI, que seria a definição dos próprios parâmetros de resultado do teste que deve ser um somatório da pontuação individual de cada um dos indicadores de forma a declarar-se superado o ECI quando alcançada uma qualificação relativamente alta (sessenta e seis pontos dos cem possíveis, segundo o autor).

Sem embargo, a superação do ECI é passível de constatação, basta que haja uma apurada análise da sua verificação, seguida pela implementação de políticas previamente debatidas e consentidas pelos atores sociais.

4. ADPF N. 347/DF

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar sobre a existência do ECI na ADPF n. 347/DF, ajuizada pelo Partido Socialista e Liberdade (PSOL). O pleito era voltado ao reconhecimento de que o atual sistema penitenciário brasileiro viola os direitos fundamentais da população carcerária.

Foi requerido que a Suprema Corte determinasse à União e aos Estados a tomada de uma série de providências com o objetivo de sanar as lesões aos direitos dos presos, pois o sistema penitenciário brasileiro viveria um verdadeiro Estado de Coisas Inconstitucional, estando preenchidos os pressupostos deste.

Na exordial da ação postulou-se o deferimento de liminar para que fosse determinado aos juízes e tribunais: a) que lançassem motivação expressa pela qual não se aplicam as medidas cautelares diversas da prisão quando decretada ou mantida a prisão provisória; b) realização de audiência de custódia, em observância do Pacto de Direitos Civis e Políticos e da Convenção Interamericana de Direitos Humanos; c) consideração fundamentada do quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento da implementação de cautelares penais, na aplicação da pena e na execução penal; d) estabelecimento, sempre que possível, de penas alternativas à prisão; e) abrandamento dos requisitos temporais para fruição de benefícios e de direitos dos presos, em observância à proporcionalidade da sanção; f) que se abatesse da pena o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica, de forma a compensar o ilícito estatal; g) se determinasse ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que coordenasse mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal em curso no País, que envolvessem a aplicação de pena privativa de liberdade, visando adequá-los às medidas pleiteadas nos itens e e f, acima listados; e h) se determinasse à União a liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen), abstendo-se de realizar novos contingenciamentos⁴³.

O STF concedeu, em parte, as medidas liminares e deferiu apenas os pedidos listados nos itens *b* (audiência de custódia) e *h* (liberação das verbas do

⁴³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. Salvador: JusPdvim, 2016. p. 1.472.

Funpen). Como fundamentação para a decisão, o Plenário da Corte reconheceu a violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no sistema prisional pátrio, pois a penas privativas de liberdade são cruéis e desumanas, com violação de normas constitucionais, documentos internacionais e legislação infraconstitucional.

Ademais, o voto condutor do acórdão consignou que os cárceres brasileiros não alcançam a ressocialização dos presos, pelo contrário, fomentam o aumento da criminalidade, sendo que a responsabilidade por essa situação deve ser imputada aos três Poderes da República, tanto da União como dos Estados e do Distrito Federal.

O mérito da pretensão era mais abrangente do que as medidas cautelares, pois o PSOL pleiteava, além da confirmação das liminares: a) declaração do ECI do sistema penitenciário brasileiro; b) fosse determinado ao Governo Federal a elaboração e encaminhamento ao STF, em 3 (três) meses, de um plano nacional para superação, no prazo de 3 (três) anos, do quadro dramático do sistema penitenciário; c) que o referido plano tenha propostas voltadas, por exemplo, à redução da superlotação dos presídios, reversão do hiperencarceramento, diminuição dos presos provisórios, bem como que o plano tenha previsão dos recursos necessários para implementação das propostas e cronograma para a efetivação das medidas; d) análise do plano pelo CNJ, pela Procuradoria Geral da República, pela Defensoria Geral da União, pelo Conselho Federal da OAB, pelo CNMP e por outros órgãos e instituição interessadas, assim como pela sociedade civil; e) que o STF delibere sobre plano, para homologá-lo ou impor medidas alternativas; f) uma vez homologado o plano, seja determinado aos governadores dos Estados e do DF que formulem, em 3 (três) meses, planos próprios em harmonia com o nacional; g) submissão dos planos estaduais e distrital à análise das entidades elencados no item *d* acima; h) que o STF delibere sobre cada um dos planos locais, para homologá-lo ou impor medidas alternativas; e i) monitoramento do STF na implementação dos planos nacional, estadual e distrital⁴⁴.

Com o deferimento de parte das medidas cautelares, houve algumas críticas de parte da doutrina, existindo dois pontos comuns a elas e que inclusive foram

⁴⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 287-289.

suscitadas nas sustentações orais do Advogado-Geral da União e do representante legal dos estados da Federação proferidas na ADPF, quais sejam: i) o STF não possuiria legitimidade democrática e institucional para adotar as medidas pleiteadas, não podendo ser um coordenador de políticas públicas; e ii) ser inviável a importação do ECI para o Brasil, haja vista que nem mesmo na Colômbia o seu uso se mostrou útil para remediar o problema do sistema carcerário. Esses pontos serão objeto de análise em momento oportuno no presente trabalho.

5. PODER JUDICIÁRIO COMO SUPREGO DA SOCIEDADE?

Em um primoroso trabalho publicado por Ingeborg Maus, professora titular de ciência política da Universidade Johann Wolfgang Goethe, de Frankfurt am Main, a expansão do controle normativo efetivado pelo Poder Judiciário é analisada à luz do conceito psicanalítico de imago paterna, com sua projeção na função de moralidade pública.

De acordo com a autora, na década de 1960, Herbert Marcuse constata o envelhecimento da psicanálise, ou mais precisamente, o envelhecimento de seu objeto. Tanto na família como na sociedade, a figura do pai perde importância na definição do ego⁴⁵, e a sociedade órfã ratifica paradoxalmente o infantilismo dos sujeitos, pois a consciência de suas relações sociais de dependência diminui, transformando indivíduo e coletividade em meros objetos administrados, sendo facilmente conduzidos por meio da reificação e dos mecanismos da sociedade industrial moderna⁴⁶.

Diante disso, o crescimento do “Terceiro Poder” no Século XX demonstra, à primeira vista, uma semelhança com as características tradicionais da figura do pai. E expansão não é simplesmente a ampliação objetiva das funções do Poder Judiciário, como o aumento da interpretação, a crescente disposição da sociedade para litigar ou o controle de constitucionalidade das leis. Ela é acompanhada pela representação da Justiça por parte da população, que ganha contornos de veneração religiosa⁴⁷.

Desse modo, o Poder Judiciário, principalmente nos países liberais, tem aumentado progressivamente suas funções, em um movimento que se procura substituir funcionalmente a figura de “pai” que a Monarquia desempenhava no passado. A figura paterna representa, segundo a professora alemã, o papel do

⁴⁵ “O ego atua de acordo com o princípio da realidade, estabelecendo o equilíbrio entre as reivindicações do id e as exigências do superego com relação ao mundo externo. O ego localiza-se na zona consciente da mente. Enquanto o id e o superego são as vozes antagônicas, o ego é o responsável pela tomada de decisão”. RENNAN, Diego. *Id, ego e superego: as “vozes” dentro de nossas mentes*. Disponível em: <<https://www.eusemfronteiras.com.br/id-ego-e-superego-as-vozes-dentro-de-nossas-mentes>>. Acesso em 5 abr. 2017.

⁴⁶ MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. Novos Estudos CEBRAP, n. 58, nov. 2000. p. 183.

⁴⁷ Ibid. p. 185

“superego coletivo” de uma “sociedade órfã”, carente de tutela, a qual necessita de um ponto de referência central para ditar as regras.

Na Alemanha, ausência da figura do Monarca deixou um vazio axiológico na sociedade, deixando aberto o cargo de representante do censo de moralidade. A partir do momento que a Corte Constitucional assume esse papel, retira-se do Parlamento a função de arena pública de debate, ou seja, eliminam-se as discussões e procedimentos no processo de construção das políticas públicas, as quais são alcançadas pela consciência social na Justiça.

Por conseguinte, a “Justiça exigida pelo preceito de igualdade é, para Kaufmann, muito mais uma ordem superior que se apresenta tanto para a ética como para a ‘consciência jurídica’, revelada mediante o ‘receptáculo puro’ que é o juiz”⁴⁸. Isso porque a personalidade de jurista criada por uma formação ética é um indício da existência de uma ordem de valores justa, configurando, portanto, a transferência do superego, concentrando a consciência social na Justiça.

Ingeborg Maus critica esse fato, alegando que quando o Poder Judiciário ascende ele próprio à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social, o que pode encobrir moralmente um decisionismo judicial sob a pecha da generalidade da ótica moral, em oposição às normas jurídicas. Ademais, há uma relação indeterminada entre a moral atribuída ao direito e as convicções morais empíricas de uma sociedade.

Portanto, a crítica elaborada por Maus tenta demonstrar, sob a ótica do Estado Social, como este pode assumir a função de condutor de uma sociedade desprovida de orientação, órfã e incapaz de seguir sozinha. Caberia, então, ao Poder Judiciário a tarefa de materialização de direitos fundamentais, mormente os direitos sociais, como forma de emancipar e conduzir os cidadãos. Porém, segundo a visão da docente alemã, essa empreitada estaria fadada ao fracasso, porquanto, à luz de uma compreensão procedimentalista do paradigma de Estado Democrático de Direito, pode-se perceber que tal quadro conduz a uma espécie de círculo vicioso, de modo que a posição privilegiada de autoridade conferida ao Poder Judiciário apenas fez com

⁴⁸ MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. Novos Estudos CEBRAP, n. 58, nov. 2000. p. 186

que este assumisse o papel do “superego” da sociedade, passando a ditar – amparado em uma racionalidade solipsista – os padrões de comportamento desejáveis⁴⁹.

5.1. Críticas da doutrina pátria à ADPF 347/DF

Em linha semelhante ao pensamento adotado pela professora Ingeborg Maus, alguns autores brasileiros também formularam críticas à adoção da técnica do ECI pelo STF na ADPF 347/DF. Entre as principais manifestações podem ser destacadas dois textos, o dos professores Raffaele de Giorgi, José Eduardo Faria e Celso Campilongo, publicado no Estadão⁵⁰, e o do professor Lênio Luiz Streck, publicado no site do Conjur⁵¹.

Os autores do texto publicado no Estadão apontam que o ECI pode dificultar ou mesmo ameaçar a efetividade da Constituição e dos direitos fundamentais, tratando-se, na verdade, de mais uma faceta da judicialização da Administração Pública.

Segundo os articulistas, diante de um exercício lógico empregado pelo próprio conceito de ECI a ele mesmo, e haja vista a ineficácia da ordem jurídica e a debilidade do acesso ao Judiciário, o STF poderia decretar a inconstitucionalidade da própria Constituição da República e fechar os Tribunais.

Ademais, trata-se de uma flagrante ofensa ao princípio da separação dos Poderes, porquanto uma Corte não tem legitimidade para optar por uma solução decorrente das “falhas estruturais” em detrimento de outras soluções possíveis. Seria o mesmo que se declarar a competência do Judiciário para compensar a incompetência do sistema político, como dizia ironicamente o filósofo Odo Marquard, citado pelos autores.

Ainda de acordo com o referido texto, o Poder Judiciário não possui estruturas, meios e organizações que lhe permitam corrigir as mazelas sociais por

⁴⁹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. Salvador: JusPdvim, 2016. p. 243.

⁵⁰ CAMPILONGO, Celso. FARIA, José Eduardo. GIORGI, Raffaele. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>>. Acesso em 15 abr. 2017.

⁵¹ STRECK, Lênio Luiz. *Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>> Acesso em 15 abr. 2017.

meio de sentenças judiciais, apontando uma série de dificuldades que poderiam surgir a partir da declaração do ECI. Assim, apenas se estaria depositando vinho velho e frasco antigo – com rótulo falso e propagando enganosa – quando se substitui o sistema político por uma Corte Constitucional.

Apesar das duras críticas, os autores concordam em um ponto com o Ministro Edson Fachin, do STF, que seria quanto aos efeitos simbólicos gerados pela discussão, como ativação de discussões sobre o tema, mas sem que se pudesse ir além disso.

O texto do professor Lênio Streck segue esse mesmo raciocínio, porém com o tom até mais incisivo. O autor inicia criticando o próprio nome da tese do Estado de Coisas Inconstitucional, pois, de tão abrangente, seria difícil combatê-la. Indaga, ainda, sobre o que não seria uma “coisa inconstitucional” no Brasil, um país periférico que está à beira do abismo.

Ademais, seria impossível identificar o que é um “estado dessas coisas que seriam inconstitucionais” no entremeio de milhares de outras situações ou coisas inconstitucionais.

Diante disso, o professor afirma que se a Constituição não é uma carta de intenções (e todos pensamos que não o é), o Brasil real, comparado com a Constituição, pode ou é um país inconstitucional, na tese de quem defende a possibilidade de se adotar o ECI.

Lênio Streck também critica a ausência de legitimidade da Justiça para obrigar o Poder Executivo a tomar as medidas determinadas nas declarações do ECI. Não pode o Poder Judiciário decidir o que é – ou não – inconstitucional e escolher quais das inconstitucionalidades terá prioridade sobre as demais. Quem é eleito para fazer escolhas, fazer políticas públicas, não é o Poder Judiciário, mas sim o Poder Executivo, pois, do contrário, a palavra “estruturante” poderia servir de guarda-chuva, debaixo do qual será colocado tudo o que o ativismo pretender.

Em arremate, poder-se-ia dizer que as políticas públicas não estão à disposição do Poder Judiciário, e, fazendo referência a Ran Hirschl, o autor assevera que “não dá para fazer um estado social com base em decisões judiciais”.

Todavia, não se pode negar que os argumentos trazidos pelos autores nos textos acima citados trazem uma visão banalizada do ECI. Ao contrário do que sustentado por eles, o instrumento é muito mais sério e comprometido com o quadro de riscos e excessos delineados pelos articulistas.

Como vislumbrado pelo professor Carlos Alexandre, os argumentos trazidos pelos autores como uma clara hipótese do “argumento do espantalho” (*straw man fallacy*)⁵², pois recortados os exageros e as teratologias argumentativas, vê-se que as objeções dos autores não são mais do que especificações dos já tradicionais discursos avessos ao ativismo judicial, quais sejam: i) os riscos do subjetivismo e arbítrio judicial; ii) a ilegitimidade democrática e irresponsabilidade institucional dos juízes; e iii) a violação à separação de poderes e o fim das fronteiras entre Direito e Política⁵³.

⁵² É um argumento em que o expositor da ideia ignora a posição do adversário no debate e a substitui por uma versão distorcida, que representa de forma errada a posição contrária. Também é conhecida por falácia do espantalho justamente por existir uma distorção proposital, de forma a tornar o argumento mais facilmente refutável, ou, quando é acidental, quem usa a falácia não entendeu o argumento que quer refutar. Portanto, o que se tem é a refutação feita contra um argumento criado por quem está atacando o argumento original, e não uma refutação deste argumento original.

⁵³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 292.

6. CONTEXTO POLÍTICO-DEMOCRÁTICO PARA APLICAÇÃO DO ECI

Não há como negar que, ao declarar o ECI, a Corte Constitucional atua como verdadeiro agente político, haja vista que decide sobre a formulação das políticas públicas e controla sua implementação. Essa atuação, inevitavelmente, implica acusações de ativismo judicial, como exposto acima. O argumento principal é o de que a Corte estaria usurpando as atribuições dos demais Poderes da República, cujos membros são eleitos pelo voto popular e estão sujeitos a controle social periódico, enquanto os magistrados não são eleitos e nem se submetem ao controle direto da população.

Por conseguinte, as Cortes assumem a tarefa excepcional de agentes de transformação social, ensejando no movimento que a grande maioria dos países tem vivenciado atualmente, qual seja, a transferência de poder de instituições representativas para tribunais, a mutação do Estado Legislativo Parlamentar para um Estado Jurisdicional.

Em razão disso, o professor da Universidade de Toronto, Ran Hirschl⁵⁴, afirma que o ativismo judicial não pode ser enxergado sob um prisma simplista, pois uma das principais evidências dessa transferência de poder é a constante judicialização da política.

Decorre disso a crescente importância política dos tribunais, os quais tem se expandido e se transformado em um fenômeno multifacetado, que vai além da elaboração de políticas por juízes, mediante decisões sobre direitos e da remarcação judicial das fronteiras entre órgãos do Estado. A judicialização da política passa a incluir a transferência massiva, para os tribunais, de algumas das mais centrais e polêmicas questões em que uma democracia possa se envolver⁵⁵.

Não há dúvidas de que a declaração do ECI é uma forma de judicialização da política, e, portanto, não se pode tratá-lo como um resultado natural da prevalência do discurso dos direitos fundamentais, capaz de ser confundida com uma mera versão genérica do ativismo judicial.

⁵⁴ HIRSCHL, Ran. *O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo*. Fordham Law Review, v. 75, n. 2, 2006. Traduzido por Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. *passim*.

⁵⁵ *Ibid.* p. 140

Assim como Lênio Streck, o professor canadense também adota o termo “guarda-chuva”, porém para afirmar que a “judicialização da política” pode ser adotada para abranger o que, na verdade, são três processos inter-relacionados, distinguindo-os nas seguintes categorias abrangentes de judicialização: i) a disseminação de discursos, jargões, regras e procedimentos jurídicos na esfera política e nos fóruns e processos de elaboração de políticas públicas; ii) a judicialização da elaboração de políticas públicas pelas formas “comuns” de controle judicial de constitucionalidade de leis e atos da administração públicas; e iii) a judicialização da “política pura”⁵⁶.

A primeira categoria é percebida pela predominância do discurso jurídico e a popularização de seus jargões em praticamente todos os aspectos da vida moderna, dada sua crescente complexidade e contingências surgidas do dia-a-dia de uma sociedade em constante expansão.

A segunda categoria é mais concreta e pode ser constatada pela expansão da competência da Justiça quanto à definição de políticas públicas, notadamente mediante decisões envolvendo direitos constitucionais e a remarcação judicial dos limites entre órgãos do estado.

Apesar da linha tênue que diferencia a segunda e a terceira categorias, a mais importante delas para o presente trabalho é, sem dúvida, a última, pois está relacionada ao emprego de tribunais e juízes para lidar com o que pode se chamar de “megapolítica”, a qual pode ser entendida como as controvérsias políticas centrais que definem comunidades inteiras⁵⁷.

Dentro da judicialização da megapolítica existem subcategorias, tais como a judicialização de processos eleitorais e a supervisão judicial de prerrogativas do Poder Executivo em áreas de planejamento macroeconômico ou segurança nacional, sendo que, sem embargo, nesta última subcategoria pode-se incluir o ECI.

Todavia, deve-se ressaltar que a declaração do ECI ocorrerá somente em um cenário extremado de falhas estruturais que revelam a incapacidade de os poderes políticos resolverem os problemas de violação massiva de direitos

⁵⁶ HIRSCHL, Ran. *O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo*. Fordham Law Review, v. 75, n. 2, 2006. Traduzido por Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. p. 141.

⁵⁷ Ibid. p. 146.

fundamentais, colocando lado a lado a inércia político-administrativa e a intervenção judicial atípica.

O próprio professor Carlos Alexandre reconhece que “a atuação judicial envolvida na afirmação do ECI é exemplo destacado de ativismo judicial. Isso não significa, contudo, que seja ilegítima”⁵⁸. E levando em considerações cinco premissas normativas por ele fixada, assim define o ativismo judicial:

(...) defino o ativismo judicial como o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes políticos-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídicos-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias.

6.1. Resistências de Ordens Democrática e Institucionais

A declaração do ECI é um exercício expansivo e vigoroso de autoridade no controle das omissões dos demais poderes e na tutela de direitos fundamentais, sendo uma verdadeira “senha de acesso” às tutelas estruturais. Deve haver, portanto, um equilíbrio entre a função judicial e a função política, o que é bastante desafiador e alcançável somente se o ativismo não se converter em supremacia judicial.

Surge, então, uma objeção de ordem democrática à aplicação do ECI, pois, sob essa ótica, faltaria ao Poder Judiciário a legitimidade democrática da atuação ativista de juízes não eleitos pelo povo, irresponsáveis perante seus eleitores. Essa objeção pode ser rotulada como “dificuldade contramajoritária”, a qual é fundamentada na superioridade do Legislativo como representante dos anseios sociais⁵⁹, a ideia de autogoverno popular⁶⁰ e a refutação à supremacia judicial⁶¹.

⁵⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 219.

⁵⁹ Abordagem desenvolvida por James Bradley Thayer, segundo a qual deve haver a imposição de limites ao *judicial review*, pois uma lei será declarada inconstitucional somente quando a violação à constituição for tão manifesta que sequer deixa dúvida razoável.

⁶⁰ Tese defendida por Jeremy Waldron. O autor refuta a *judicial review* ao argumento de que os cidadãos, dentro do processo legislativo, possuem o direito incondicional de resolverem as divergências entre direitos e princípios, sendo as cortes uma arena inapropriada para tanto.

⁶¹ Larry Kramer defende que o povo é o titular da palavra final sobre os significados constitucionais, e não as cortes, propondo não o fim do *judicial review*, mas sim o fim da exclusividade/supremacia judicial.

Outrossim, emergem objeções de ordem institucional, pois, segundo o catedrático da universidade fluminense, citando Adrian Vermeule, a *judicial review* e a hermenêutica constitucional devem ser avaliados à luz das capacidades institucionais do intérprete e dos efeitos sistêmicos das decisões⁶². Assim, levando-se em consideração que a função básica do Poder Judiciário é aplicar textos constitucionais claros e específicos, os juízes devem evitar ataques ambiciosos, sendo deferentes ao legislador quanto à interpretação de textos normativos ambíguos, pois o Legislativo possui melhor capacidade institucional.

Segundo esse entendimento, o legislador possui maior acesso às transformações sociais e está melhor posicionado para avançar no entendimento de normas constitucionais de acordo com a mutação da sociedade, enquanto os tribunais sofrem com restrição de tempo, falta de informação e expertise em identificar os profundos comprometimentos da Constituição a serem ajustados às necessidades sociais.

Todavia, em que pese aos argumentos acima expostos, não há como se falar em superioridade democrática e maior capacidade institucional dos legisladores e governantes em relação aos juízes quando caracterizada a absoluta inércia estatal e falhas estruturais persistentes, as quais acarretam massiva violação de direitos fundamentais e supressão da opinião das minorias impopulares e estigmatizadas.

A objeção democrática é superada quando se constata que a transferência – cada vez mais comum –, da esfera política para os tribunais, de dilemas morais e políticos fundamentais em uma sociedade – mas que estão ligados a grupos e indivíduos historicamente menos favorecidos –, são deixados de fora da agenda política graças ao alto custo eleitoral.

A própria democracia pressupõe que os membros da comunidade sejam tratados como politicamente iguais. Tanto é que o crescente recurso aos tribunais tem buscado, fundamentalmente, a contemplação da própria definição, ou *raison d'être*, da comunidade⁶³. A sociedade, notadamente as minorias estigmatizadas e com baixa representatividade, não possui voz para reivindicar seus direitos e, diante de

⁶² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 237

⁶³ HIRSCHL, Ran. *O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo*. Fordham Law Review, v. 75, n. 2, 2006. Traduzido por Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. p. 155.

legisladores e administradores públicos inertes, enxerga um Estado acéfalo, não havendo outra alternativa senão pleitear seus direitos perante o Judiciário, o qual, por sua vez, deve buscar um ativismo judicial dialógico⁶⁴.

6.2. Teoria dos Diálogos Institucionais

A solução que se encontra para um ativismo judicial sem a supremacia judicial dentro da megapolítica, é a adoção de diálogos institucionais. Essa ideia tem sido trabalhada pelo professor da Universidade de São Paulo, Conrado Hübner Mendes, na qual a permanente construção de democracia deliberativa perpassa, necessariamente, pela tensão existente entre Judiciário e Legislativo acerca da legitimidade democrática no âmbito da jurisdição constitucional⁶⁵.

Tradicionalmente tem-se a ideia de separação dos poderes como uma divisão de funções que leva, em última instância, à decisão de uma corte constitucional, tida como a guardiã da Constituição, colocando-se um ponto final na questão. O debate teórico está limitado a quem dá a última palavra, estando preso a um código binário em que uns defendem que a corte será incumbida de dar a solução e outros defendem que deve ser do parlamento.

Os argumentos tanto da supremacia judicial como da soberania legislativa são inúmeros, como descrito acima, entretanto, o docente da USP sugere uma mudança de pensamento, defendendo a tese *última palavra provisória*. Assim, independentemente de qual instituição tenha a última palavra, nada impede que a outra instituição responda.

O grande desafio, sem dúvida, é encontrar o ponto de equilíbrio entre as duas perspectivas. Por isso, é inevitável que a Carta Política de cada ordenamento deverá escolher aquele que formalmente possui o poder da última palavra provisória, adotando técnicas para reforçar ou enfraquecer o grau de resistência e o custo dessa

⁶⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 239-240

⁶⁵ HÜBNER, Conrado Mendes. *Direitos Fundamentais, Separação dos Poderes e Deliberação*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011. passim.

última palavra, mas o dilema de desenho institucional admite soluções contingentes e contextuais, a depender de cada país e de particularidades constitucionais⁶⁶.

Em outras palavras, a pretensa última palavra provisória não é o fim, mas o início ou a continuidade de uma nova rodada de diálogos entre os Poderes que, ao invés de fomentar o embate, acaba por reforçar a legitimidade democrática das instituições e das decisões tomadas pelas mesmas.

Discorrendo sobre a tese defendida pelo professor das Arcadas, Bernardo Gonçalves conclui que devemos relativizar a tese do “direito de errar por último”, na medida em que nenhuma instituição vai, de fato, errar por último, pois decisões novas – de outras instituições – podem corrigir o “erro”⁶⁷.

A doutrina tem sugerido teorias internas à decisão judicial (endógenas) que se preocupam com o método da decisão, passando o diálogo pela postura do magistrado em suscitar o debate com outras instituições, ou seja, dão ênfase na maneira como a decisão é proferida e buscam desenvolver um diálogo institucional a partir daí. Da mesma forma, há teorias estruturais (exógenas) que trabalham na perspectiva de pensar desenhos institucionais que facilitem a interação entre instituições, isto é, buscam as interações entre os poderes pela lógica de novos desenhos institucionais⁶⁸.

Essa ideia é reforçada por Jeffrey Rosen, citado por Carlos Alexandre, ao afirmar que uma Corte que insista, repetidamente, que ela sozinha é a intérprete última e exclusiva da Constituição acaba por desencorajar os demais poderes de se engajarem, por conta própria, na interpretação constitucional, já que a soma de *passivismos institucionais* em nada contribuem⁶⁹.

A proposta do diálogo das fontes gira entorno da ideia de interpretação constitucional como um processo de elaboração compartilhada entre os atores constitucionais. Assim, haverá um controle de constitucionalidade forte da omissão

⁶⁶ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.485.

⁶⁷ *Ibid.* p. 1.486.

⁶⁸ *Ibid.* p. 1.489.

⁶⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 241.

estatal, mas deixando reservado o espaço necessário para atuação dos poderes políticos, repudiando-se a noção de supremacia judicial.

Como dito alhures, é pouco provável que a intervenção judicial possa prejudicar o autogoverno popular onde este não existe, onde as vozes da minoria não são ouvidas. Assim, atendidas as condições necessárias e observadas suas premissas, a declaração do ECI será legítima.

A adoção do instrumento de origem colombiana não poderá ocorrer quando se estiver diante de um Poder Legislativo em pleno funcionamento, com canais políticos desobstruídos e a população se sentir devidamente representada pelos agentes políticos eleitos. Importante ressaltar, nesse ponto, que não se trata de argumentar pura e simplesmente contra a democracia parlamentar, mas de se constatar situações concretas de bloqueios políticos que inviabilizem a realização de direitos⁷⁰.

Como alerta Hirschl⁷¹, a área da megapolítica judicializada é a concretização mais completa da noção do direito constitucional como política, pois nenhuma estrutura constitucional favorável ao ativismo, nem juízes *famintos por poder* ou tribunais constitucionais agressivos, são condições suficientes para a judicialização da política pura. O ativismo judicial não acontece ou se mantém sem o suporte tácito ou explícito de atores políticos influentes.

Os tribunais operam em um vácuo institucional ou ideológico, pois sua jurisprudência política não pode ser entendida separadamente dos conflitos sociais, políticos e econômicos concretos, que dão forma a um determinado sistema político. Assim, quando há a judicialização da megapolítica, percebe-se que as instituições judiciais são vistas por movimentos sociais, grupos de interesse e ativistas políticos como órgãos decisórios mais respeitáveis, imparciais e efetivos do que outras instituições governamentais, tidas muitas vezes como arenas decisórias majoritárias enviesada.

⁷⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 246

⁷¹ HIRSCHL, Ran. *O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo*. Fordham Law Review, v. 75, n. 2, 2006. Traduzido por Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. p. 164

Dito com outras palavras, quanto mais inerte e paralisado for o sistema político, maior as chances de se ter a presença de um Poder Judiciário expansivo. Ademais, não são raras (pode-se dizer até que são frequentes) as hipóteses em que delegações de questões políticas controvertidas para os tribunais são mais eficazes para redução dos riscos para os próprios políticos e para o aparato institucional no qual atuam.

A aludida delegação é capaz de aumentar a legitimidade e/ou diminuir a culpa atribuída aos atores políticos pelo resultado da decisão proferida pelo delegado, oferecendo uma saída conveniente àqueles que são incapazes ou desinteressados em resolver disputas com alto custo político. Portanto, cuida-se de um refúgio para os políticos que buscam evitar dilemas difíceis, nos quais a vitória é quase impossível, ou evitar o colapso de coalizões de governo em estado de fragilidade ou de impasse⁷².

Outrossim, a oposição pode buscar judicializar a política para dificultar a vida do governo, recorrendo ao Judiciário. Essa prática é usada pelas forças contrárias ao governo muitas vezes apenas para aumentar sua exposição na mídia, pouco importando qual será o resultado final da disputa. Da mesma forma, a judicialização pode ser alimentada por tentativas de preservação hegemônica de grupos sociopolíticos dominantes que estejam com receio de perder o controle sobre o poder político.

Portanto, consoante asseverado anteriormente, os tribunais constitucionais têm ganhado cada vez mais legitimidade e apoio da opinião pública, sendo que, no Brasil, esse fenômeno é fomentado pela recente mudança de regime, de um ditatorial para um democrático, e pela promulgação relativamente recente da Constituição Cidadã.

Não obstante, a recente história brasileira está sendo marcada por colaborações premiadas, operações policiais (com atenção especial à “Operação Lava-Jato”), escândalos de corrupção, desvios de quantias milionárias de obras públicas e até mesmo o *impeachment* de dois Presidentes da República, o que, cada vez mais, tem abalado a credibilidade dos Poderes Legislativo e Executivo.

⁷² HIRSCHL, Ran. *O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo*. Fordham Law Review, v. 75, n. 2, 2006. Traduzido por Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. p. 165

Desse modo, a população, mormente as minorias, tem buscado no Poder Judiciário a concretização de seus direitos, pois o associa à imagem da moralidade e da retidão. Ademais, acresce-se a isso a constante esquiva dos atores políticos em cumprir sua função primária - enfrentar e resolver problemas difíceis e potencialmente impopulares -, criando bloqueios parlamentares e administrativos, pontos cegos legislativos e até o compartilhamento de autoridade em razão do temor de custos políticos.

Importante assinalar que não se pretende afirmar que os juízes estão imunes a sofrer influências externas quando da tomada de suas decisões, e nem se pode afirmar que nunca serão corrompidos pelo sistema. A questão que se coloca é a de que não há como prestigiar a autonomia e a responsabilidade política de cada pessoa como objeção ao ativismo judicial quando os destinatários da proteção não gozam nem sequer de direitos básicos, o mínimo existencial em razão de falhas estruturais⁷³.

Dessa forma, o ativismo judicial estrutural pode ampliar o debate popular e a mobilização social, ao invés de substituí-lo, trazendo novos atores, focos e parâmetros ao debate. Isto é, a prática do ativismo judicial estrutural dialógico objetiva interferir na formulação e implementação de políticas públicas, sem, contudo, excluir a participação ou suprimir as margens de liberdade decisória da classe política⁷⁴.

É imprescindível a harmonização do ativismo judicial com a proposta de diálogos institucionais, sem que haja uma sobreposição de um poder sobre o outro. Caberá à justiça apenas declarar a omissão estatal inconstitucional, reconhecer a violação massiva de direitos e estabelecer diretrizes para sua superação, em constante diálogo entre os demais poderes.

O professor Carlos Alexandre assim discorre sobre o tema:

Como alcançar essa fórmula dialógica, de participação conjunta e coordenada de poderes em litígios estruturais? Buscando harmonizar o ativismo judicial com a proposta de diálogos institucionais, Paul Rouleau e Linsey Sherman enfatizam serem preferíveis “ordens flexíveis sujeitas à jurisdição supervisória” a “ordens detalhadas sujeitas à execução se desrespeitadas”. Tradicionalmente, juízes preferem decisões contendo ordens muito detalhadas

⁷³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 249

⁷⁴ Ibid. p. 250

e rígidas, sujeitas à execução forçada se não cumpridas. Essa noção corresponde à concepção ortodoxa de separação de poderes. Ordens dessa natureza são constituídas de escolhas políticas e técnicas precisas, tomadas diretamente pelos juízes, o que faz sobressair o caráter intervencionista da medida. Decisões da espécie merecem críticas porque, embora juízes tenham a capacidade de realizar desbloqueios políticos institucionais, realmente carecem da expertise e informações necessárias para detalhar o conteúdo das políticas públicas.

Ao formular ordens flexíveis, juízes buscam o equilíbrio entre fazer valer direitos constitucionais e respeitar o papel político e a capacidade institucional do Legislativo e Executivo. Envolvidos direitos fundamentais e os mecanismos adequados e eficientes para torná-los efetivos, cortes devem assegurar que os outros poderes envidem os melhores esforços para alcançar essa efetividade, deixando, contudo, os detalhes sobre esses meios para legisladores e administradores. As cortes devem apontar a omissão estatal inconstitucional e a consequente violação massiva de direitos, fixar parâmetros e até prazos para a superação desse estado, mas devem deixar as escolhas técnicas de meios para os outros poderes. Remédios estruturais flexíveis são modelados pelas cortes para serem cumpridos, implementados, deixando margens de criação legislativa e de execução a serem esquematizadas e avançadas pelos outros poderes de forma a permitir que efetivamente cumpram essas ordens.⁷⁵

Os autores colombianos César Rodríguez Garavito e Diana Rodríguez Franco, também citados pelo preceptor da UERJ⁷⁶, descrevem três traços representativos do ativismo judicial dialógico. O **primeiro** seria a formação de sentenças por meio das quais são ditadas ordens mais abertas comparadas às do “ativismo clássico”, permitindo um processo de acompanhamento que alimenta a discussão de alternativas de políticas públicas para solução do problema.

O **segundo** é a implementação das decisões mediante mecanismos de monitoramento periódico e público, pois ao manter sua competência sobre o caso depois da sentença, as cortes dialógicas ditam novas decisões à luz dos avanços e retrocessos do processo.

Por fim, o **terceiro** traço deriva dos dois anteriores, pois as decisões dialógicas tendem a envolver um espectro mais amplo de atores sociais no processo de monitoramento, de modo que os debates sobre implementação da decisão alcançam todos aqueles que são afetados ou têm interesse no resultado no caso.

⁷⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 251-252.

⁷⁶ Ibid. p. 254-255.

6.3. Superação das Barreiras às Sentenças Estruturais

Uma primeira questão que deve ser enfrentada, pois suscitada pela maioria dos críticos do instrumento colombiano, é a suposta banalização do instrumento, de modo que todo e qualquer juiz poderia reconhecer as infinitas “coisas inconstitucionais” que existem atualmente no ordenamento pátrio.

Fazendo referência à ideia anteriormente exposta, relativa à inércia política, o próprio Governo Federal brasileiro é recorrente em deixar para o STF a solução de questões muito controvertidas, envolvidas em desacordos razoáveis e de alto custo político. Ademais, além dos casos moral e politicamente controversos, as questões de pouco atrativo eleitoral (como o caso dos presídios brasileiros) geram bloqueios político-deliberativos resistentes.

O receio dos políticos quanto à reação negativa por parte dos seus eleitores ou aos conflitos que possam surgir dentro de sua coalização e ausência de interesse político sobre outras matérias reforçam a ideia de que o Poder Judiciário pode surgir, em algumas situações, como a imagem paterna (superego) capaz de liderar as demais instituições em uma atuação dialógica.

Como salienta Carlos Alexandre de Azevedo, há uma desilusão da sociedade com a classe política, que transfere suas esperanças ao Poder Judiciário, mormente quando se trata de direitos fundamentais. Portanto, grupos sociais, antes alijados da maioria dos processos decisórios fundamentais e que têm suas reivindicações ignoradas no debate parlamentar, ganham nova forma de representação no STF e utiliza de forma ampla os instrumentos colocados à disposição⁷⁷.

Ainda assim, não se pode falar que o ECI será utilizado de forma banalizada ou ser aplicado a toda situação aparentemente errada, haja vista o seu caráter excepcional, sendo imprescindível a identificação de situações

⁷⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 264.

verdadeiramente inconstitucionais, mediante a observância rigorosa de seus pressupostos de aplicação.

Dessa forma, não se admitiria o reconhecimento do ECI em relação a temas como a educação, a saúde pública, o saneamento básico e a violência urbana, pois muito embora não se possa falar em fruição plena de tais direitos garantidos constitucionalmente, eles constam da agenda política do país, ainda que de forma deficitária.

Também deve ser refutada a alegação de risco de uso difuso, porquanto nem toda a técnica processual é adequada à afirmação do ECI e ao manejo das sentenças estruturais para superação das falhas. É necessária a adoção de medidas em larga escala, capazes de alcançar um número expressivo de autoridades estatais, de diferentes níveis de governo e de diferentes poderes⁷⁸.

Portanto, levando-se em consideração o federalismo brasileiro, a superação de quadros de violação massiva de direitos exige instrumentos que são de competência exclusiva de órgão de cúpula, no caso, do STF. Como se não bastasse, o professor Carlos Alexandre de Azevedo Campos afirma que, como a Corte faz um julgamento sobre a realidade inconstitucional, o instrumento mais adequado seria a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), que é restrito ao Pretório Excelso⁷⁹.

Ademais, ao contrário do que apontam as críticas, o próprio acesso ao Supremo Tribunal Federal não é fácil, o que, ao invés de vulgarizar o instrumento, acaba até mesmo por dificultar a utilização do ECI. Isso porque além da restrita legitimidade ativa para a ADPF, a Suprema Corte possui problemas de agenda e de deliberação, tornando-o quantitativamente inviabilizado, enfrentando uma gigantesca crise numérica em decorrência dos incontáveis recursos, reclamações e *habeas corpus*.

Outrossim, é inviável o reconhecimento da violação massiva e generalizada de direitos fundamentais como um problema local, a ser resolvido por juízes e Tribunais com jurisdição restrita. Por conseguinte, a exigência de uma

⁷⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 297.

⁷⁹ Ibid. p. 297.

competência territorial abrangente e que abarque as autoridades públicas superiores, torna o STF a única instância habilitada à declaração do ECI.

Oportuno ressaltar, ainda, que em decorrência do caráter complexo e policêntrico dos problemas envolvidos, a discricionariedade judicial é uma barreira a ser superada mediante a rigorosa observância dos seus pressupostos. A constatação da violação massiva de direitos fundamentais e das falhas estruturais comprovam a necessidade e a inevitabilidade da liberdade decisória própria da intervenção judicial estrutural⁸⁰.

Constatados os dois primeiros pressupostos, a necessidade de superação do ECI por meio da atuação de diversos atores sociais – terceiro pressuposto –, apenas reforça a ideia de que o problema não poderá ser superado pelo Judiciário isoladamente, principalmente se levado em consideração que as sentenças dialógicas objetivam catalisar a atuação dos demais poderes e órgãos públicos, mediante a superação dos bloqueios institucionais de forma harmônica e colaborativa.

Dito em outras palavras, “[n]ão se trata, portanto, de ‘corrigir a incompetência dos outros poderes’, mas de promover diálogos democráticos entre os poderes e a sociedade em torno das melhores soluções”⁸¹, buscando, ao cabo, o afastamento da inefetividade da decisão.

De se ver, por fim, que não há violação à separação dos Poderes, salvo se considerada a visão estática de separação, a qual impõe um sistema político não só separado, mas também distantes, quase incomunicáveis. Esse modelo não é admissível pela CRFB/1988, exige-se um modelo dinâmico, dialógico, cooperativo⁸².

Essas pretensões transformativas e inclusivas exigem que os poderes, mediante ferramentas próprias, compartilhem autoridade e responsabilidade em prol da efetividade da Constituição e do seu núcleo axiológico, principalmente diante da complexidade das relações existentes entre os poderes.

⁸⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 299

⁸¹ Ibid. 300

⁸² Ibid. p. 306

Outrossim, como a separação dos poderes foi pensada para buscar a proteção das liberdades fundamentais, admitir que a omissão inconstitucional dos poderes políticos seja imune à intervenção judicial estrutural, significa exatamente o contrário, ou seja, permitir a concentração de poderes. Ou seja, seria o mesmo que se admitir a soma de inércias ou de paralisação dos poderes em desfavor da realização dos direitos fundamentais.

Assim, medidas judiciais dialógicas são essenciais à reestruturação institucional, não havendo que se falar em juiz como “sacerdote-mor de uma nova divindade”, como preceitua Ingeborg Maus. Porém não se pode afastar que o desprestígio que assola os demais Poderes leva o Judiciário a tomar medidas expansivas, a fim de proteger e buscar a consolidação dos direitos fundamentais, assumindo, de fato, um papel paterno, de liderança dialógica, mas não de supremacia e de imposição.

CONCLUSÃO

O movimento intitulado de neoconstitucionalismo tem suas justificações histórica, filosófica e teórica muito bem delineadas. Dentro desse panorama, o Direito Constitucional tem se expandido na grande maioria dos países democráticos, estando esse movimento caracterizado pela transferência de um Estado eminentemente legislativo-parlamentar para um Estado em que se destaca a função jurisdicional.

As inúmeras críticas direcionadas ao neoconstitucionalismo se concentram, em sua maioria, na atuação excessiva do Poder Judiciário, chamada de ativismo judicial, no qual a Justiça supostamente ultrapassa os seus limites de atuação e acaba por interferir na esfera de competência dos demais poderes.

Contudo, a maior parte desses críticos se limita a criticar o ativismo judicial sob uma visão restrita, sem se aprofundar nos motivos que levam à atuação mais ativa do Poder Judiciário, isto é, deve-se ter em mente que o ativismo judicial ocorre quando constatado um vácuo político, uma total ausência dos demais Poderes da República.

Diante da inércia legislativa e administrativa, surge a omissão inconstitucional como óbice à concretização dos direitos fundamentais, ou seja, o malfadado ativismo judicial não decorre única e exclusivamente de uma estrutura constitucional favorável ao ativismo ou de tribunais constitucionais agressivos, sendo imprescindível para sua configuração o suporte, tácito ou explícito, de atores políticos influentes.

Importante lembrar que a Constituição da República de 1988 emancipa a Pátria Amada de um regime ditatorial rigoroso e sangrento, o que justifica a crescente judicialização da vida e da política. Por outro lado, também é oportuno ressaltar que a jovem democracia brasileira vem sendo marcada por processos de *impeachment* tortuosos e desgastantes, acarretando em uma insegurança política com efeitos irradiantes.

Como se não bastasse, nos noticiários tupiniquins da atualidade têm preponderado os relatos de coerções coercitivas e delações premiadas, operações policiais e investigativas que reverberam diretamente sobre os partidos políticos de

situação e de oposição, atingindo do primeiro ao último escalão da Administração Pública e acarretando escândalos de corrupção sem precedentes, os quais parecem não ter mais fim, pois quanto mais se investiga mais podres vão sendo descobertos.

Nesse ponto, pede-se licença para um breve parêntese em relação à Operação Lava-Jato, no sentido de que as investigações vêm mostrando que o que se tem até agora é apenas a ponta do *iceberg*, a ponto de um Ministro do STF fazer a irônica afirmação de que as descobertas recentes fazem o caso do Mensalão (até então o maior escândalo de corrupção da história nacional) parecer uma infração de menor potencial ofensivo.

Voltando à temática, as inimagináveis cifras bilionárias que movimentam a máquina estatal corrupta, e que são frutos da ganancia humana desenfreada, vêm minando a confiança da população nas instituições estatais. A sociedade, principalmente frente aos acontecimentos mais recentes, tem reforçado a crença de que o aparelho estatal como um todo é corrupto e ineficaz, sem capacidade de observar os direitos fundamentais básicos.

Diante de uma sociedade acéfala, composta por uma profusão de órgãos e instituições públicos desacreditados e sem perspectiva de melhoras, há a perda dos símbolos de unidade da população, na qual não se identifica mais os atores clássicos do modelo de superego.

Dessa forma, o Poder Judiciário ganha projeção como um dos únicos meios capazes de modificar o panorama atual, substituindo a figura paterna em uma sociedade órfã, o que é alçado até mesmo pelos atores políticos, com as mais distintas pretensões, haja vista que os próprios legisladores e administradores abrem caminho para a transferência de temas eminentemente políticos à Justiça.

Não são raras as vezes em que as Cortes são chamadas a se manifestar não para governarem, mas sim para evitarem o desgoverno, exatamente como ocorreu no recente processo de *impeachment* da ex-Presidente Dilma Rousseff, no qual os partidos políticos frequentemente se socorriam do Poder Judiciário para solucionar problemas *interna corporis* dos Poderes Legislativo e Executivo.

Todavia, a maioria dessas decisões da Suprema Corte, tanto em ações individuais como em ações coletivas, são de curto ou médio alcance, sem afetar as

situações de generalizada violação de direitos fundamentais, sem alcançar as falhas estruturais existentes e que se não abarcam os pontos mais obscuros da realidade constitucional.

Destarte, tendo em vista que os atores políticos encontram-se com agendas demasiadamente tumultuadas e extremamente preocupadas com os próprios interesses, mormente em se defender das inúmeras acusações que a cada dia surgem, não há espaço para as minorias e as populações de baixa representatividade nos programas e orçamentos públicos, principalmente pelo baixo interesse eleitoral que essa parte da sociedade desperta na classe política e pelo alto custo político que a defesa de seus interesses pode acarretar.

Diante desse cenário calamitoso, observado o preenchimento dos requisitos do ECI, isto é, constatado um quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, oriundo de atos comissivos ou omissivos praticados por diversas autoridade públicas, marcado pela incessante inércia desses mesmos agentes, torna-se imperiosa a transformação estrutural da atuação do Poder Público.

O sucesso do ECI exige a formulação de sentenças estruturais de implementação monitorada, com a cooperação entre os poderes e a sociedade civil, buscando a solução de violações a direitos fundamentais que antes encontravam-se fora do radar político e social, ignorados e até evitados.

Mediante a interação dialógica entre os Poderes da República e dependendo da resposta e do comprometimento de cada um deles com os valores constitucionais, é que se determinará a forma de atuação do Supremo Tribunal Federal, se mais ativa ou mais contida. Portanto, a visão tradicional ao ativismo judicial deve ser superada para aplicação do ECI, mas sem se abandonar uma análise crítica do instrumento, pois a concordância é preguiçosa e o debate contribui para a evolução do pensamento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em 3 abr 2017.

BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em 10 abr 2017.

CAMPILONGO, Celso. FARIA, José Eduardo. GIORGI, Raffaele. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>>. Acesso em 15 abr. 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almeida.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. Salvador: JusPdivm, 2016.

GARDBAUM, Stephen. *O Novo Modelo de Constitucionalismo da Comunidade Britânica*. Lumem Juris, 2010.

HIRSCHL, Ran. *O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo*. Fordham Law Review, v. 75, n. 2, 2006. Traduzido por Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano.

HÜBNER, Conrado Mendes. *Direitos Fundamentais, Separação dos Poderes e Deliberação*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. Novos Estudos CEBRAP, n. 58, nov. 2000.

RENNAN, Diego. *Id, ego e superego: as “vozes” dentro de nossas mentes*. Disponível em: <<https://www.eusemfronteiras.com.br/id-ego-e-superego-as-vozes-dentro-de-nossas-mentes>>. Acesso em 5 abr. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidade*. Disponível em: <http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf>. Acesso em 10 abr 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. *Revistas dos Tribunais*, São Paulo, a.91, v. 798, abr 2002.

STRECK, Lênio Luiz. *Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>> Acesso em 15 abr. 2017.